3 1761 06739837 0

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/scrittigiuridici01bonf

Nuova Raccolta di Scritti Giuridici - I.

PROF. PIETRO BONFANTE
ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA

SCRITTI GIURIDICI VARII

I.

FAMIGLIA E SUCCESSIONE

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
TORINO - MILANO - NAPOLI - PALERMO - ROMA (GIÀ DITTA POMBA)

SCRITTI GIURIDICI VARII

I.

SCRITTI GIURIDICI VARII

DEL

Prof. PIETRO BONFANTE

Vol. I. — **Famiglia e successione.**

» II. — **Proprietà e possesso.**

» III. — **Obbligazioni e principii generali.**

Prof. PIETRO BONFANTE
Ordinario di Diritto Romano nella Regia Università di Pavia.

SCRITTI GIURIDICI VARII

I.

FAMIGLIA E SUCCESSIONE

Quando mi vidi giunto in quella parte
Di mia età, dove ciascun dovrebbe
Calar le vele e raccoglier le sarte...
DANTE, *Inf.*, XXVII, v. 79-81.

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE
(GIÀ DITTA POMBA)
MILANO - NAPOLI - PALERMO - ROMA
1916

LIBRARY
1969
UNIVERSITY OF TORONTO

PROPRIETÀ LETTERARIA

K
B7133
S37
v.1

Torino — Tipografia dell'Unione Tipografico-Editrice Torinese — 1916.

ALLA MIA PIA COLLABORATRICE

PREFAZIONE

Nel ripubblicare i miei scritti, prendendo le mosse da circa un trentennio addietro, ho creduto opportuno di sottoporli a revisione, rielaborando profondamente alcuni di essi, e distribuirli secondo la coordinazione sistematica degli argomenti trattati, anzichè seguire l'ordine cronologico, in cui mi uscirono dalla penna. Tuttavia nella revisione, quando questa non fosse puramente formale, ho curato in varî modi (parentesi quadre, postille, osservazioni, appendici nuove) di far rilevare le parti originarie e gli svolgimenti ulteriori, e a ogni studio, insieme con la data e il luogo originario di pubblicazione, indico brevemente il sistema tenuto nella rielaborazione.

Non ho creduto invece di distinguere gli scritti storici dagli scritti dommatici, nè quelli di diritto romano da quelli di diritto civile. Una netta separazione di tal natura, sia per ragioni sostanziali, sia per ragioni personali, non sarebbe possibile. Per me, più che per ogni altro, diritto romano e diritto civile, diritto pubblico e diritto privato si ricongiungono e si fondono, storia e domma s'illuminano a vicenda, e inoltre, per le ragioni che dirò, non dettate da puro spirito conservativo, più di ogni altro io reagisco alla tendenza nuova di far dei cultori di diritto romano una congrega di iniziati e tener tavola a parte dagli altri giuristi. Finalmente io reco in tutti i miei scritti un ordine di pensieri complesso e un metodo uniforme, il quale consiste nel separare nettamente la struttura e le finalità degli istituti e nel desumere dalla strut-

tura attuale e le ragioni dell'interpretazione e le fasi ignote della storia più remota delle formazioni giuridiche. Questo metodo non è applicato per lo meno coscientemente e nella sua piena essenza dai cultori del diritto. D'ordinario anzi si sogliono trasportare nell'età primitiva le finalità odierne o al più indagatori acuti sogliono giovarsi, per la rievocazione del mondo primitivo, delle sopravvivenze o delle reliquie singolari, che talvolta aduggiano gli ordinamenti giuridici più evoluti; mentre, a mio avviso, non è tanto da queste reliquie singolari *o* anomale *che si può desumere il diritto più antico, quanto dagli stessi principî* fondamentali, *spogliati delle derogazioni storiche e ricondotti alla loro completa e non di rado sorprendente efficienza. Per la stessa ragione io mi studio di restituire il valore fondamentale delle voci esprimenti i concetti giuridici, sia nella letteratura latina, fuori dei giureconsulti, ai quali noi ci avviciniamo con lo spirito traviato dalle definizioni e dalle nozioni apprese, sia nella schietta corrente della lingua volgare italiana, nella quale il senso antico traluce sempre, alterato, velato, ma non distrutto, e con questo processo mi lusingo d'illuminare i più occulti e insidiosi travisamenti elleno-bizantini, quelli di cui non è indice la parola soppressa o mutata, ma che hanno foggiato tutto il nostro linguaggio tecnico, ingombrandolo spesso di assurdità e di astruserie, e reagendo sulla intelligenza odierna dei testi più puri del diritto romano. Noi italiani per vero, parlanti la più latina delle lingue moderne, saremmo meglio di ogni altro popolo in condizione di rilevare quei valori fondamentali e le finalità primitive di alcune istituzioni, se l'ideologia straniera e l'influenza dell'educazione e della tradizione non deviassero il nostro intelletto dai territori dischiusi precisamente alla nostra diretta osservazione. Ma il mio metodo in realtà non si può apprezzare se non da chi si sobbarchi alla lettura dei miei lavori (cfr. alcuni rilievi generali già in questo volume, pag.* 186, 190-194, 350, 361, 400, 417-420, 503-508, *e per l'analisi storica dei concetti, pag.* 276-288, 306, 307-320, 423-425); *altrimenti si presta pur esso ad esser travisato e frainteso, com'è*

accaduto ad uno scrittore francese, il Testaud, il quale non lesse del mio Diritto romano (*Firenze* 1900) *se non la prefazione e ricamò su quella base in un breve cenno bibliografico una discreta e fine* raillerie, *che ebbe poi la bontà di spedire, come se fosse una recensione e una lode del libro, all'autore e, con sua maraviglia, all'editore stesso.*

Il momento in cui esce il primo volume di questi scritti è grande e grave per la patria nostra. Il valore della razza si afferma in modo superbo in una guerra che non ha l'eguale nella storia e in un terreno, ove conviene aver le ali, come gli antichi dissero di una delle spedizioni più fantastiche di Alessandro Magno. Pinnas habere milites nostros, *potremmo noi ripetere e con maggior ragione. Pur troppo (con rossore dobbiamo confessarlo) di questa fiamma eroica si dubitava all'estero e presso di noi: e pur troppo la colpa è tutta nostra, che per celare le vere cause psicologiche e politiche delle nostre passate sciagure, che si chiamano Custoza, Lissa, Adua, cioè la discordia, l'orgoglioso individualismo e l'indisciplina (guai nazionali) dei capi subordinati, l'inframmettenza di parlamentari, abbiamo creato disonorevoli leggende e infamato uomini valorosi. Poichè il valore non è mancato mai nè ai capi nè ai combattenti; ma il numero straordinariamente minore è stato sempre sopraffatto dal maggiore, il che Bonaparte, buon giudice, riteneva fatale. A Lissa, la più simbolica delle nostre battaglie, non è vero che noi fossimo superiori; vero è invece che soltanto* nove *delle nostre numerose navi combatterono, e quelle strenuamente (compreso l'« Affondatore » e il vilipeso ammiraglio!), contro tutte le ventisette austriache, e ciò perchè l'indisciplina dei comandanti, pur valorosi, fomentata dalle discordie regionali e personali e dall'inframmettenza presuntuosa di un inetto avvocato ministro della marina, fece che essi non obbedissero agli ordini reiterati del fiacco e spregiato ammiraglio supremo. E dopo la battaglia, con sommo danno dell'educazione nazionale, gli interessi di tutti nascosero per lungo tempo la verità, a quel modo stesso in cui si narra facesse Maometto per salvare la fede in uno de' suoi miracoli,*

cioè aizzando tutto il popolo a gittar pietre sopra un disgraziato. Lissa fu il trionfo dell'indisciplina in tali proporzioni di cui non conosco altro esempio storico; ma non della viltà. E si errò a dissimulare e carezzare un male di cui si guarisce, lasciando sorgere e crescere l'opinione di un male disonorevole e ben più grave.

Auguriamoci che da questa guerra la nazione esca non solamente con la conquista sicura delle sue sante e salde frontiere, ma altresì con una ritemprata disciplina e una nuova coscienza nazionale!

Anche negli studî auguriamoci che si dimostri il pregio di una rinascenza dello spirito nazionale, non nel senso goffo dell'emancipazione da ogni progresso estero, ma nel senso di una rielaborazione italiana della scienza al di sopra della pedissequa riproduzione dei metodi, delle forme, dello stesso linguaggio straniero. Troppi studiosi italiani per vero, s'inchinano con esclusiva adorazione ai metodi in onore all'estero e li seguono con cieca fede ne' resultati, mentre ogni metodo ha un valore puramente relativo, troppi nello stesso disegno esteriore dei loro scritti hanno appreso dai tedeschi a trasferire la trattazione scientifica in larga parte dal testo nelle note, affaticando anche e confondendo il lettore con note che non hanno nulla a che fare con la trattazione stessa, a presentar l'argomento nella veste più astrusa, a distribuir la materia con sistemi algebrici, a valersi nei riferimenti di un cifrario diplomatico, per cui occorre la chiave, e di forme convenzionali aliene dal nostro genio semplice, a declinare, come debbono fare i tedeschi, i nomi latini nel discorso italiano, a usare infine un linguaggio non tecnico, ma semplicemente ispirato allo stile degli auguri antichi. E sia lecito anche a un giurista di deplorare l'abuso di vocaboli e costrutti e giri di pensiero non italiani, che s'insinuano in parte seguendo mode straniere, adatte a un popolo di tempra diversa, in parte foggiando lo spirito e la lingua a una barbarie nuova, che è pura dimostrazione del servaggio, poichè nessun canone o pregiudizio critico c'impone di ricalcare letteralmente le voci straniere,

scrivendo (*e quel ch'è agevole notare, cioè la nuda parola, è il minor male*) popoli di coltura (Kulturvölker) *per popoli civili*, sacrale, *come usano i tedeschi, che hanno bensì l'epiteto* « heilig, *santo* », *ma non hanno nella loro lingua le parole corrispondenti ai nostri termini* « *sacro* » *e* « *religioso* », *mentre noi abbiamo, come si vede, due voci*, sacertà (*Dio mel perdoni!*) *per consacrazione, come si deve rendere naturalmente la* consecratio *romana, anche in senso penale* (sacertas, *la tedesca* sacertät, *non esiste in latino!*), islamico *per islamitico, colla stessa logica e la stessa italianità con cui si direbbe camico e semico*, indirizzato (adressat) *per destinatario, e simili gemme. Dobbiamo convenirne: i tedeschi, quando scrivono in italiano, rispettano maggiormente la nostra lingua. La radicata imitazione straniera, congiunta alla pedanteria filologica, quella stessa pedanteria per cui si retrocede al secolo XVIII nella uguale grafia dell'* u *e del* v, *fa poi che si consideri persino come un dovere di esattezza scientifica ciò che è semplicemente un'offesa alla lingua italiana. Il più schietto esempio è il seguente: i vecchi nomi della storia e della letteratura latina, Pompeo, Silla, Virgilio, Svetonio, la designazione storica di patrizio, divengono Pompeio, Sulla, Vergilio, Suetonio, patricio. Ora che si dica Pompeius, Sulla, Vergilius, Suetonius, si mantenga cioè la forma latina, passi, benchè per i tedeschi soltanto, che non hanno la forma indigena di questi nomi, ciò sia necessario, per essi soltanto ciò ch'è per noi schietta caricatura si giustifichi con un motivo molto semplice, che è il non poter dire altrimenti; ma che in veste italiana si alterino le forme che hanno la consacrazione duplice dell'uso e della tradizione letteraria da otto secoli, le forme fissate da Machiavelli e Dante, questo è puramente e semplicemente violar la lingua italiana, per seguire, anche rabberciata, una moda straniera. Da quando l'Alighieri cantò il suo « Virgilio dolcissimo padre » non è lecito in lingua italiana dire Vergilio.*

Vorrei poi che specialmente i giovani s'imprimessero nella mente che la nostra lingua, la quale ha una duplice fortissima base nella tradizione e nell'uso di un centro vivo di formazione,

non tollera, come la tedesca, il travolgimento arbitrario e personale nel significato delle parole e che non si vuol confondere lingua e stile.

L'autore si è studiato sempre di conciliare per quanto era in lui l'amore dell'italianità e il rispetto alla scienza: egli ha imparato molto dai colleghi italiani e dagli stranieri, ma procede altresì per vie proprie, nè si è mai asservito interamente ai metodi in voga.

Milano, febbraio 1916.

PIETRO BONFANTE.

INDICE

I. — La « gens » e la « familia » . . . . . *Pag.* 1
II. — Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive . . . . . » 18
III. — Il « ius vendendi » del « paterfamilias » e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino . . . . » 64
IV. — La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel diritto romano e nel diritto civile » 72
V. — L'origine dell' « Hereditas » e dei « Legata » nel diritto successorio romano . . . . . » 101
VI. — Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno . . . . . » 152
VII. — Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova . . . . . » 188
VIII. — La « successio in universum ius » e l'« universitas » » 250
IX. — La formazione scolastica della dottrina dell'« universitas » . . . . . » 307
X. — Il testamento nel diritto comparato. Germi veri e false analogie . . . . . » 324
XI. — Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco . . . . . » 337
XII. — La διαθήκη ellenica e la « donatio mortis causa » . » 417
XIII. — Il rapporto dell'eredità coi « legata » e la teoria del prelegato nel diritto romano e nel diritto civile » 430
XIV. — Il prelegato e la successione . . . . . » 443
XV. — Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità . . » 469
XVI. — Istituzione nella universalità dei beni immobili o mobili (Cod. civ. ital., art. 760) . . . . . » 509
XVII. — La dottrina dell'erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari . . . » 531
XVIII. — Riforma del diritto ereditario . . . . . » 546
XIX. — Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile . . . . . » 569
« Addenda et corrigenda » . . . . . » 663
Indice delle Fonti . . . . . » 667

I.

La " gens „ e la " familia „ (1).

Ne' concetti comuni sull'antica organizzazione gentilizia e familiare regna, per quel che mi sembra, molto del vago e dell'equivoco, e questo fatto turba l'intelligenza e la concezione vera del passaggio dall'organizzazione gentilizia alla *civitas*. Tutti gli scrittori, o romanisti, come il Mommsen e il Lange, o studiosi di orizzonte più vasto, come il Sumner Maine e il Fustel de Coulanges, e tutti quanti gli altri, che in qualunque modo trattano o sfiorano la questione, distinguono caratteristicamente l'organizzazione così detta gentilizia o patriarcale, basata sul vincolo di parentela, di sangue, dall'organizzazione politica. E in generale (salvo il Jhering che devia in tutt'altra direzione) essi pongono che la città primitiva non sarebbe che un comune gentilizio o patriarcale, mentre l'organizzazione politica, lo Stato, sorge e s'impone molto più tardi.

Ora noi ammettiamo facilmente cogli scrittori che nello Stato qualche cosa di diverso dalle precedenti aggregazioni vi sia. Ciò che non riconosciamo punto — e per verità siamo in una condizione pericolosa, trovandoci a esser soli a non riconoscerlo — è la netta separazione che gli scrittori soglion fare tra l'organizzazione gentilizia e l'organizzazione politica, l'idea che questa diversità debba consistere in una natura e in un concetto assolutamente nuovo. A nostro avviso, questa idea si genera solo dalla mancanza di una

(1) [Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, I,1888, pag. 236 e segg., con alcuni sviluppi desunti dalle *Res mancipi e nec mancipi*, Roma, 1888-89, pag. 281 e seguenti].

esatta concezione della organizzazione così detta gentilizia o patriarcale. Codesti gruppi successivi della società primitiva, la famiglia, la gente, la tribù e tutti i simili possibili, che natura hanno? che vincolo lega le persone in quei gruppi? Si dice da tutti: la società patriarcale è una società familiare; il vincolo costitutivo è un vincolo di origine comune, di parentela, reale o fittizia. Ma, potendo essere fittizia, e spesso interamente fittizia, la relazione di origine comune, di parentela, sia essa definita (*familia*), o indefinita e immemorabile (*gens*, *tribus*, ecc.), cioè sia familiare o nazionale, non è mai condizione essenziale, ma presunzione; nè io veggo differenza tra questa presunzione e quella per la quale i cittadini di uno Stato si reputano tutti connazionali. Ora, quando manchi il rapporto reale di parentela, che cosa è che tiene insieme i membri di questa società? e perchè si tengono insieme? Occorre spendere più parole per mostrare che quel vincolo che tiene insieme i membri sarà il vincolo necessario, costitutivo? E non serve invocare la parentela agnatizia, non serve chiamare sociale o corporativo il vincolo stesso o il gruppo; convien sapere che cosa significhi la parentela agnatizia, che non è certo semplicemente una parentela paterna, ma che occorre forzatamente definire dal punto di vista della soggezione a una potestà, e per che scopo vi sia; o, in altra forma, perchè nasca la corporazione e che natura abbia il vincolo corporativo. L'effetto gravissimo di queste proposizioni indeterminate e generiche, che fanno le viste di sciogliere una questione così importante, è di stornare la mente perfino dal proporsela, di fare sì che non pongasi attenzione a tutto un complesso di circostanze, di elementi e di fatti, che potrebbero servire a risolverla, o se ne diano spiegazioni accidentali e false. Solamente il Fustel de Coulanges e dietro lui l'Hearn (1) cercarono, quasi inconsapevolmente, per un

(1) [V. ora anche NOBUSHIGE HOZUMI, *Ancestor Worship and Iapanese Law*, Tokyo 1913].

proprio preconcetto, di rappresentare l'organizzazione gentilizia, riguardando la famiglia, la gente, la tribù, la città primitiva come tante società religiose, tante comunanze di culto e di *sacra*. Il concetto è certamente fallace, giacchè non si può riporre lo scopo essenziale di siffatte agglomerazioni nel regno dei morti. Ma il suo germe e la sua giustificazione è appunto in questo: che ogni società politica dell'evo antico è anche per uno dei suoi aspetti e dei suoi scopi (che in una società politica possono essere varî e multiformi) società religiosa. Il culto è, più o meno profondamente, secondo il genio e le condizioni dei popoli, funzione della società politica, come sono organi politici gli organi suoi. Debbo quindi riconoscere in questo concetto, se non altro, un tentativo di spiegare queste organizzazioni, di concretare in qualche oggetto lo scopo di questi gruppi sociali.

Base della società patriarcale, per dire di questa che è la forma più normale o un grado più civile, non può essere il vincolo di sangue, perchè l'origine comune è spesso fittizia e leggendaria, e talora compiutamente fittizia; quindi una relazione siffatta è meramente presunzione e titolo naturale per la partecipazione ai diritti o ai doveri del gruppo. Ma l'origine comune o nascita nel gruppo si presume pure tra i cittadini di uno Stato, ed è pure nello Stato il titolo naturale e fondamentale della partecipazione alla comunanza civile. Solamente, il sentimento della comune origine è certamente più vivace via via che si scende negli organismi più ristretti, finchè nei gruppi estremi la relazione istessa è nota e definita. D'altra parte, base della società moderna o civile non è il vincolo territoriale, ma la partecipazione a comuni obblighi e comuni diritti e la soggezione a una comune sovranità; la convivenza nello stesso territorio potrà esser solo un'occasione o condizione storica per l'ammissione in una comunanza politica. Ma come occasione o condizione storica l'ammissione di stranieri viventi nel territorio di una comunanza come membri di quella comunanza

è caso perfino più frequente nelle società primitive; allo straniero si concedeva la parentela come ora si concede la nazionalità. Poichè un territorio non manca agli organismi primordiali, e fin nei gradi più bassi dell'umanità si nega a torto. Solamente, il concetto di territorio e d'impero sul territorio è, per converso, più spiccato nelle società civili, perchè disgiunto dalla proprietà e perchè a un tempo stesso lo Stato nell'ultimo sviluppo è persona distinta dalla somma dei singoli.

*
* *

Dovendo esprimere semplicemente la nostra opinione e ridurre a un principio le diverse aggregazioni della società primitiva a partire dalla famiglia, a noi pare che non se ne presenti naturalmente che un solo: *il principio dell'agglomerazione politica per tutti gli scopi indefiniti, necessari o contingenti, di una società politica.* Sono adunque veri *organismi politici* nel senso largo e ideale della parola. A noi pare evidente che tutti gli elementi costitutivi di queste molteplici aggregazioni corrispondono pienamente agli elementi costitutivi dell'idea di Stato; che nello Stato v'è qualche cosa di più, che pone una condizione di fatti e di relazioni nuove, ma non tale un elemento che ne alteri l'essenza e distrugga quella natura generale e comune. Caratteri o elementi comuni (una analisi particolareggiata può facilmente dimostrarlo) sono: un vincolo sociale esprimente la compartecipazione ai vantaggi e agli obblighi di una comunanza civile, basato sulla *soggezione a una comune sovranità* e derivante dal riconoscimento del potere sovrano; una presunzione di origine comune ossia di nascita nel gruppo, la quale origine è titolo, ma non condizione necessaria e nemmeno condizione sufficiente, senza quel riconoscimento, almeno formale, del gruppo; norme regolatrici dei rapporti in ciascun gruppo; autonomia; autarchia; organizzazione e sovranità ereditaria o elettiva (non è vero che in questi gruppi non si abbia riguardo alla capacità o siavi scono-

sciuta l'elezione); funzioni d'ordine e di difesa; relazioni esterne; morale crudele anche verso quelli che si dicono figli e niuna affettuosa tutela dei deboli; coscienza di necessità e intenzione di perpetuità. Nè manca, ripeto, pur nel grado più ristretto dell'agglomerazione, una sede comune, che è proprietà sociale del gruppo, ma eziandio territorio inviolabile di fronte al gruppo superiore e limite alla sua sfera d'azione.

Si noti ancora che taluni anche de' nomi che diconsi di parentela — *pater*, *frater* — sono denominazioni di rapporti politici: il sovrano, il membro del gruppo.

Infine, questi gruppi partecipano della più singolare qualità dello Stato, la varietà e mobilità nella costituzione e nell'estensione e sovrattutto l'elasticità negli scopi e nelle funzioni — tal carattere a cagion del quale s'ebbero dello Stato mille definizioni nella scienza, mille forme nella storia.

*
* *

Si rimprovera al Niebuhr di avere, seguendo Dionisio, fatto una confusione della organizzazione gentilizia colla organizzazione politica, riguardando le *gentes* come una divisione politica della *civitas;* la quale opinione, si dice, produsse una quantità di induzioni errate nella critica storica tedesca.

Ma il Niebuhr non fu tratto precipuamente nella sua opinione da quel magro appiglio di un passo di Dionisio, bensì dal fatto che a lui la gente originaria non si presenta coi caratteri di un istituto privato, di sangue, ma che in fondo a quelle agglomerazioni, spesso così evidentemente fittizie, egli vede un rapporto e un concetto politico; onde per questo rispetto l'errore fondamentale del Niebuhr è più interessante, più fecondo di pensiero che non le verità dette dai più recisi avversari della sua idea, le quali non fanno avanzare d'un passo il problema. A ragione pertanto gli autori moderni in Germania, pure quelli (e sono, anche nella Germania, i più) che non accettano l'idea del Niebuhr, non

se ne sono mai staccati interamente, ma nella *gens* hanno sempre riconosciuto, o in un modo o nell'altro, un carattere politico. In Italia poi E. De Ruggiero, in una monografia sulla *gens* avanti alla formazione del comune di Roma, proseguendo l'idea del Mommsen, pone in chiarissima luce, in base alle notizie che s'hanno delle *gentes*, la natura vera della *gens* primitiva come un comune sovrano anteriore al comune di Roma. E noi certamente non discordiamo da lui, se non in quanto riteniamo necessario di accentuare che la sua struttura istessa non è punto diversa da quella della *civitas* e di concepire anche la famiglia antica come un organismo politico — un tale organismo politico, nel quale il nucleo personale è costituito di persone supposte discendere da un unico capostipite noto, vivente o estinto, e quindi il vincolo presunto di sangue, di origine comune, ha carattere piuttosto familiare, di parentela definita, laddove nella *gens*, essendo immemorabile e leggendario codesto capostipite, il vincolo presunto comincia ad avere carattere nazionale, di parentela indefinita.

*
* *

La concezione manchevole della *gens* e della organizzazione gentilizia vizia altresì, com'è naturale, il concetto della evoluzione interna nel passaggio da questa alla *civitas*. Se la struttura della famiglia primitiva non richiama la debita attenzione, non sfugge però che le sue funzioni rispondono in gran parte a quelle che saranno via via le funzioni essenziali o complementari dello Stato. Ma gli autori intendono vagamente che queste funzioni siano mal devolute alla famiglia per una imperfezione della società primitiva, e col sorgere dello Stato questo le assuma, anzi quasi le riconquisti, come quelle che sono veramente funzioni sue proprie, e rilasci alla famiglia le funzioni proprie della famiglia, quelle che essa è veramente atta a compiere. Il processo, per cui la *civitas* assorbe le funzioni dei gruppi anteriori e viene

a costituire lo Stato, si è chiamato un processo di *selezione*. Aggregazione o agglomerazione non esprime, si dice, se non il momento, tutto esterno, della unione delle genti; ma la *civitas*, non contenta di regolare i rapporti tra le *gentes* e le relazioni esterne delle *gentes*, penetra a grado a grado nell'organismo gentilizio e lo disfà, operando una selezione della vita pubblica, politica, civile dalla vita privata, domestica, patriarcale. Ora certamente le funzioni, che la *civitas* a mano a mano usurpa sui corpi minori, divengono funzioni della *civitas*, del *populus*, funzioni pubbliche. Non c'è che ridire; ma è una verità inconcludente, e non è certo quella a cui si mira. Il pensiero intimo che ispira queste concezioni è che gli uffizi assunti dalla *civitas* fossero, anche in seno alle agglomerazioni gentilizie, uffizi pubblici per natura loro, e che perciò gradatamente, lentamente la *civitas* li chiami a sè, lasciando che le comunanze gentilizie continuino a esser campo della vita patriarcale. Ma che cosa si vuole che fossero dapprima codeste comunanze? Organismi politici e patriarcali insieme? Qualche cosa di simile è stato pure detto da sommi scrittori, come il Jhering, per dare a intendere in qualche modo come questi organismi e specialmente la famiglia primitiva abbiano funzioni politiche; cioè che la famiglia antica, la famiglia patriarcale, la *gens* sono qualche cosa di intermedio tra la famiglia e lo Stato; che quanto più perfetto è l'organismo dello Stato, tanto meno perfetto è l'organismo della famiglia; ovvero che la famiglia primitiva è quasi uno Stato, che lo Stato primitivo è quasi una grande famiglia. Ma questo tipo campato in aria tra la famiglia e lo Stato, questa perfezione della famiglia primitiva, che svanisce col progresso, e simili frasi sono pur sempre di quelle proposizioni vaghe che non dànno un concetto. Un organismo non può avere che un principio fondamentale, a cui tutte le funzioni accessorie si subordinano e che la sua struttura rivela. Tanto varrebbe dire che lo Stato moderno è quasi una nazione, o che la nazione è quasi uno Stato; oppure dire che una nazione

organizzata a Stato è qualcosa di intermedio tra la nazione e lo Stato; che quanto più perfetto è l'organismo dello Stato, tanto meno perfetto è l'organismo della nazione. Si può osservare invece che quando quel processo, che alcuno ha inteso nominare di selezione, è compiuto, tali organismi patriarcali o sono interamente disfatti o assumono tutt'altro carattere, e mutano anche radicalmente la loro struttura, come la società familiare odierna (poichè rispetto alla *familia* romana non fu mai compiuto), che non si può dire più o meno perfetta dell'antica famiglia, ma è appunto tutt'altra cosa, è una forma e un concetto sociale affatto distinto. Ora questo fatto conferma che l'organizzazione patriarcale, in qualunque grado, in qualunque forma, non era che organizzazione politica, e pertanto quel processo, per cui la *civitas* si pone come Stato, può dirsi una selezione graduale delle funzioni politiche degli organismi politici inferiori, a patto che s'intenda che questa selezione porta in conseguenza un esaurimento graduale dei medesimi, cioè non li riduce a quel che si assume che dovrebbero essere, ma li annichila o li trasforma.

*
* *

Ciascun gruppo primitivo ha norme, consuetudini sue, regolatrici de' rapporti tra i suoi membri e, fino a un certo punto, anche delle relazioni esterne, quando la regola e la tutela di queste non sia peranco assunta pienamente dal gruppo superiore. E queste norme hanno una natura uniforme: non si può rigettare nel campo della morale e del costume la regola della famiglia, costituendone un concetto diverso dal diritto.

Il *fas*, il *mos*, il *ius* rappresentano bensì tre gradi nello sviluppo di un concetto, ma non significano tre concetti, tre ordini di fatti compiutamente distinti: religiosi, morali, giuridici. Anche qui la differenza non deve diventare opposizione. Il *fas*, il *mos*, il *ius* sono norme regolatrici de' rapporti in seno a organismi, che sono organismi politici: io

le direi pertanto tutte regole giuridiche in lato senso. E per vero, chi le consideri attentamente, rivelano una natura generale e comune, che non ha niente che fare con la natura de' principî o de' precetti morali o religiosi. Tutte quante hanno una stessa determinatezza oggettiva nel contenuto, uno scopo istesso, la conservazione dell'ordine e della pace nel gruppo, un sentimento di necessità per la conservazione della comunanza, una forza obbligatoria e una sanzione efficace; infine regolano non fatti interni, ma fatti esterni, che potrebbero essere e saranno via via in seguito tutti quanti oggetto della sanzione del *ius civile*. Soltanto la posteriore invasione del *ius civile* restringerà la portata del *mos* o del *fas* e ne trasporterà finalmente il concetto ai fatti puramente morali o religiosi; e tuttavia sin nella vita più tarda di Roma il *mos* è un concetto assai diverso dalla morale nel vero senso; l'indebolimento dell'antico *mos* ha nel pensiero dei Romani un significato assai più profondo che non esprimiamo noi dicendolo indebolimento della morale, rilassatezza nei costumi, e il nome di *mores* riman sempre a designare la fonte e la manifestazione più arcaica e spontanea della norma giuridica anche nello Stato. In conseguenza si può ben parlare di una selezione operata dalla *civitas*, ma non in questo senso che la *civitas* assuma gli elementi e i fatti per natura loro giuridici (o che forse il diritto romano più evoluto si sarebbe corrotto, assumendo gli elementi residui, che sarebbero stati elementi non giuridici?), ma, anche qui, nel senso di una selezione graduale di rapporti regolati per lo innanzi dai gruppi minori; la quale selezione dovrà esaurire il *mos* ed esaurire il *fas*, convertendo queste norme in norme della *civitas*, in *ius civile* o anche rigettandole nel dominio della coscienza e della morale nel vero senso, che è tutt'altra cosa. È conceder troppo all'antico diritto di Roma supporre che esso abbia effettuato una netta separazione tra la morale e il diritto: la *civitas* non fece che separare le sue norme, il *ius civile*, dalle norme dei gruppi minori.

*
* *

Il Jhering ha reso familiare agli studiosi un modo di dissimulare la sorprendente costituzione della famiglia romana e la energia terribile della *patria potestas*, insistendo sul contrasto tra la famiglia romana giuridicamente considerata e la famiglia quale esisteva nel fatto. La costruzione giuridica, si dice, attribuisce alla famiglia romana una rigidezza ben maggiore di quella che esistesse realmente nel costume. Come è noto, gli scrittori si fermano volentieri su questa speciale caratteristica della famiglia romana, come la si nomina: e l'osservazione è divenuta, si può dire, un luogo comune. I Romani, con singolare saviezza, avrebbero abbandonato molto alla morale, al costume, alla tenerezza familiare: laonde non si può conoscere la famiglia romana, se si studia solamente qual'è nel diritto e non qual'è nella vita. Io credo che in questo contrasto si sia falsato l'aspetto di un fenomeno di ben diversa natura. Cominciamo dall'osservare che se il contrasto — supposto che contrasto nel senso vero vi sia — fosse tra concetti giuridici e consuetudini sociali, tra diritto e morale, logicamente non se ne potrebbe indurre se non questa conseguenza: che il diritto non risponde a quelle relazioni e a quelle condizioni sociali, e, di conseguenza in conseguenza, che quel diritto, lungi dall'essere una cosa mirabile in quel momento, è disadatto e cattivo; nè io intendo come mai la venerazione del diritto romano, la supposizione che esso nella sostanza — poichè con ciò non sarebbero tocchi i pregi formali — sia perfetto in tutte le sue parti e la paura di dar di cozzo in una conseguenza contraria a quella presunzione debba far piantar in asso la logica e generare la singolarissima idea che le relazioni sociali, come sono disciplinate dalla morale, debbano contrastare alla natura de' rapporti giuridici! Che se i Romani si vantano della potestà patria, come di una cosa tutta loro, non accade spesso negli uomini e ne' popoli di vantarsi appunto de' difetti, come di qualità più caratteri-

stiche? Che il marito onorasse e amasse di affetto tenerissimo la sposa, o il padre i figliuoli, che di quel terribile potere usasse sempre bene — tutto ciò è bello, è grande per la società romana; tanto più bello in quanto che il diritto gli lascia libera la mano: ma questo non può significare niente di buono per il diritto; meglio ancora, non ci ha niente che vedere. Marito affettuoso e padre tenerissimo, giuridicamente egli è rispetto alla moglie e rispetto ai figli, signore e giudice e re.

Ma si osserva che i limiti morali e sociali di questo potere sono limiti efficaci: quando non sieno più tali, allora il diritto li assumerà. Ora qui sta il punto. Questi limiti o piuttosto queste regole nell'esercizio della potestà patria non derivano da un sentimento morale indefinito, come l'affetto di padre, di marito, il sentimento del sangue, da una coscienza sociale pure indefinita; ossia non sono regole morali, ma sono invece norme determinate, concrete e imperative, derivanti da consuetudini inveterate, da ripetizioni costanti di operazioni, di giudicati simili; sono *mores maiorum*, cioè, nella natura e nella sostanza, norme giuridiche *in lato senso*. Coll'affetto naturale han tanto relazione che, mentre limitano da un lato la potestà patria, in quanto ne stabiliscono e ne regolano l'esercizio, dall'altra parte, se ne sia il caso, possono imporre, a strazio della tenerezza paterna, l'esercizio più rigoroso ed estremo della stessa potestà; han tanto relazione colla morale che esse comandano talvolta l'esposizione degli infanti deboli o deformi e ad ogni modo lasciano libero al padre l'allevamento de' proprî figli. Che se coteste regole non vengono imposte dalla *civitas*, cioè non fanno parte del *ius civile*, questa è pur sempre una conseguenza e una riprova del carattere politico della famiglia. Lo Stato, non che rispetti la morale, rispetta il diritto della famiglia; lo Stato in questo corpo autonomo non penetrò mai compiutamente, salvo per le funzioni più essenziali all'esistenza sua, la milizia e la partecipazione alla sovranità politica, nella sua sfera.

*
* *

Ma ridotta la questione in questi termini il contrasto sparisce. Non è già che la *civitas* voglia illimitata la potestà patria, ma soltanto che la potestà patria non ha limiti da lei, non ha limiti dal *ius civile*, perchè la famiglia romana, come ogni organismo politico, ha in sè la sua legge e i limiti ai suoi poteri; nè quella nè questi possono venirle imposti dal di fuori. Il *ius civile* esprime bensì le relazioni familiari, i poteri del *paterfamilias*, ma sotto un aspetto puramente negativo ed esterno. Per chiarire le cose con un rapporto concreto vivamente caratteristico, la legge civile pone tra i poteri del *paterfamilias* il *ius vitae et necis;* ora il *ius vitae et necis* non è una facoltà di ammazzare per mancamenti all'ordine morale della famiglia; ma esso può solamente essere concepito come conseguenza di una facoltà giurisdizionale (di un potere politico insomma), che spetta al *paterfamilias*, ed ha norme, casi, tribunale, forme. Tutto questo sfugge alla legge della *civitas*, è legge della *familia*. Il *ius civile* si ferma a quella rappresentazione meramente estrinseca — diritto di vita e di morte — come il limite che incontra all'azione sua. Laonde non è a meravigliare se la famiglia romana, in sè considerata, cioè nel suo aspetto reale, si presenti tutta diversa da quella che sarebbe in conseguenza del *ius civile;* quell'aspetto reale corrisponde a un concetto positivo della famiglia, mentre le conseguenze del *ius civile* mancano, perchè il *ius civile* non dà nessun concetto positivo.

*
* *

Entro la famiglia i poteri del *paterfamilias* assumono il loro vero carattere. La famiglia è un organismo sociale di natura politica essenzialmente distinto dalla società familiare odierna; ora in qualunque organismo sociale i poteri onde il capo è investito si presentano bensì all'esterno come

diritti personali, suoi, ma nella ragione e nelle origini loro non possono concepirsi se non come funzioni sociali; poichè la concezione di un organismo sociale mosso dall'interesse esclusivo del suo capo è idealmente un assurdo. La stessa proprietà incentrata nel *paterfamilias* non può concepirsi se non come una funzione sociale della famiglia. Nè l'attribuire questo carattere alla proprietà contraddice al concetto nostro che la famiglia romana si debba definire come un organismo politico: poichè un organismo politico, oltre ai suoi scopi essenziali, può avere una serie di scopi contingenti. Di ciò è argomento troppo evidente la teoria e la storia dello Stato, per non dire che talune dottrine moderne — naturalmente qui non si giudica della loro pratica opportunità — vogliono appunto riporre la proprietà dei beni d'interesse collettivo nello Stato. Del resto allorchè nell'età primitiva, come si può dimostrare, la proprietà del gruppo familiare era distinta dalla proprietà dei singoli, quella costituiva semplicemente, per così dire, il demanio del gruppo, e le vestigia dell'ordinamento primitivo della proprietà fondiaria romana, a mio avviso, conferiscono ad essa il carattere di una sovranità territoriale.

Simili paragoni, ne conveniamo, sono veri paradossi, poichè tra la complessità dell'organismo statuale e la semplicità della famiglia romana c'è un abisso: ma potranno sembrare assurdi solamente a coloro che riguardano l'esteriorità e la forma, non l'intima e vera natura dei fenomeni e delle cose. Nessuno certamente che riguardi alle sole disposizioni esteriori sarebbe indotto a classificare nello stesso ordine la balena e l'elefante, nella stessa famiglia il fiore di malva e il gigantesco baobab. Eppure gli è appunto l'introduzione delle classificazioni naturali e metodiche che conduce a questo risultato. Ciò non avveniva certamente con le vecchie classificazioni artificiali (o sistematiche, secondo il linguaggio degli antichi naturalisti), quelle che classificavano, ad esempio, le piante, in alberi, arboscelli, sottoarboscelli ed erbe!

*
* *

Anche l'istituto della *capitis deminutio* e il parallelismo innegabile dell'uscita dalla *civitas* (*magna capitis deminutio*) con l'uscita dalla famiglia (*minima capitis deminutio*) non si comprendono se non quando si accetta la nostra nozione della famiglia. Pur troppo le teorie artificiali svolte su questo vessato argomento per la suggestione di qualche testo di epoca tarda (i Romani stessi non erano più in chiaro delle origini vere dell'istituto) e per l'uso non felice dell'esegesi critica ci vietano di insistere per la nostra tesi sulla *capitis deminutio*, senza aver sottoposto prima l'istituto a un riesame completo che distrugga le vane ombre. Certo è ben grave che gli scrittori seguaci delle più varie teorie, come il Savigny, come l'Eisele, siano indotti, contro le precise attestazioni delle fonti, a negare la *capitis deminutio* dell'adottato, dell'emancipato, dei figli dell'arrogato, che costituiscono nel nostro concetto un'applicazione pienamente logica e naturale della *capitis deminutio*.

*
* *

Alla famiglia si collega intimamente la successione.

Ed egualmente la ragione intima della massima « *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, ecc. » deve essere cercata non nelle astratte sfere della metafisica hegeliana, ma in questo ordinamento fondamentale del diritto quiritario.

L'origine e la ragion vera di un principio così travagliato a noi paiono derivare chiaramente dal concetto politico della famiglia. La successione originaria è più che altro una successione nella sovranità; quindi sorge naturalmente l'incompatibilità delle due successioni (*naturalis pugna*), perchè l'investito del potere sovrano non può essere designato in due forme diverse, e sorge la prevalenza della testamentaria, perchè la testamentaria in origine vi fu e poi si suppose esservi, solo mancando successori naturali.

[Osservazione (1915). — Questo inciso finale (*perchè la testamentaria in origine vi fu*, ecc.) rappresenta un'opinione da me oltrepassata in seguito, già sin dal 1890, data del mio primo studio sull'eredità. La successione romana primitiva è sempre testamentaria, ma il successore sceglie l'erede (come del resto accade in epoca storica) tra più *filiifamilias*, in quanto la designazione per testamento nel diritto romano ha la funzione stessa della primogenitura in altri diritti].

*
* *

La fallace antitesi fondamentale tra la società primitiva e la società civile pone un problema inesistente e quindi di impossibile soluzione: ricercare il momento in cui la differenza essenziale tra l'una e l'altra spunta e la ragione per cui si afferma. Gli scrittori hanno creduto di ritrovare questo momento nel territorio, e il Sumner Maine dedica lunghi capitoli allo studio del territorio e della sua influenza nella evoluzione dei popoli. Se non che l'influenza del territorio o per meglio dire della sede stabile, per grave che sia sotto ogni aspetto, non porta una rivoluzione essenziale nel regime politico, e molto meno genera un'alterazione fondamentale nel vincolo che lega gli uomini in società. Dire che nella vita cittadina al vincolo della discendenza tende a sostituirsi il vincolo territoriale, come suona il linguaggio comune, ci sembra di nuovo una di quelle frasi vaghe ed equivoche fatte per confondere i problemi, poichè nè un territorio proprio manca alle tribù originarie, nè la coabitazione in uno stesso territorio può mai aver rappresentato un vincolo sociale: essa può rappresentare soltanto in molte società, anzi forse nella maggior parte delle società politiche, quando s'intenda la coabitazione durata per un certo periodo, uno dei modi di acquisto del vincolo politico, e può mettersi a riscontro l'*usus* della famiglia romana con il *ius soli* degli Stati moderni.

Ciò che v'ha di proprio nello Stato, ciò che costituisce la sua forza e la sua maestà, non è già che lo Stato debbasi

concepire come la prima agglomerazione politica — prima dello Stato erano forse gli uomini θεοὶ o θηρία? — ma che esso è, quando compare, non solamente l'organismo politico supremo, ma, almeno nell'ultima evoluzione sua, l'unico organismo politico. Lo Stato si pone come l'unità politica assoluta, cioè non concepisce come termine alla sua azione i gruppi o, per così esprimermi, le sfere subordinate, ma, penetrando e trapassando quelle sfere, tende costantemente a porre in tutti i rapporti di diritto di fronte a sè, al di sotto di sè, immediatamente, l'individuo. Di qui derivano importanti conseguenze: in primo luogo che lo Stato mira a disgregare, consumare, esaurire i gruppi subordinati, ad alterarne la fisionomia e la natura, o riducendoli a meri organi politico-amministrativi, che rilevano da lui, e, non che limite e oggetto, sono strumento all'azione sua, o tollerandoli come semplici corporazioni di diritto privato, le quali (mancando a grado a grado ogni scopo) svaniscono o cambiano natura e divengono istituti familiari nel vero senso; in secondo luogo che nella fase statuale compare per la prima volta spiccata la distinzione tra il diritto pubblico e il diritto privato; distinzione però nel contenuto suo ondeggiante e indefinita, com'è vago e indefinito il concetto dello Stato. In Roma, come generalmente nella razza ellenica, lo Stato vero si consolida in una delle prime forme dell'agglomerazione politica, al di sopra delle *gentes*, nell'organismo della *civitas;* ma fu merito singolare dei Romani di averlo costituito sin dai primordi con più viva coscienza ed energia. Presso noi moderni sorse più tardi, in gradi ulteriori dell'agglomerazione; la storia poi presentò più volte e presenta ancora oggidì fantasmi di grandi Stati, che non sono veri Stati, perchè non v'ha cittadini, ma lente stratificazioni di organismi politici successivi (Stati patriarcali, Stati feudali) (1).

---

(1) [Per un maggiore svolgimento di questo concetto vedi il mio *Diritto romano*, n. 3, pag. 10 e seguenti].

*
* *

Come poi si origina ciascuno dei gruppi è altro problema. L'opinione dominante ritiene che come tutti hanno la natura della famiglia, così derivino tutti da una espansione della famiglia naturale.

Io riterrei però che le agglomerazioni superiori, nelle quali il vincolo di origine comune comincia ad aver carattere immemorabile e leggendario, non siano nella sostanza che la tribù primitiva o frazionamenti di quella.

Ciò che ha falsato il vero è, per mio avviso, pur sempre l'influenza dell'intuizione naturalistica dei popoli stessi, la quale però si compiace di rappresentare come discendenti da una sola famiglia anche le agglomerazioni più vaste e meramente nazionali e infine l'intera umanità.

II.

Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive (1).

Sommario: 1. Il problema della società primitiva. — 2. La teoria patriarcale. — 3. I lati deboli della teoria patriarcale. — 4. La teoria di E. Meyer e le sue basi. — 5. La mia dottrina. — 6. La mia posizione di fronte alla teoria di E. Meyer. — 7. Critica della teoria di E. Meyer. — 8. Il carattere politico della famiglia primitiva e il vero significato di questo concetto. — 9. Le critiche recenti alla mia dottrina. — 10. L'identità di struttura dello Stato e della famiglia antica. — 11. Le finalità comuni dello Stato e della famiglia antica. — 12. Le relazioni tra la famiglia e la città. — 13. La scissione della famiglia. — 14. Il preteso concetto economico della famiglia antica. — 15. Conclusione.

1. Il problema della società primitiva ha un duplice aspetto. Per un lato esso è prettamente storico (dato che si possa parlare di storia per epoche che appartengono al

(1) [Dalla *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. LV, 1915]. Questo articolo prosegue una serie di studî storico-giuridici iniziata nella *Rivista di storia antica* (*Le affinità giuridiche greco-romane*, in Riv. cit., vol. XIII, 1911) cui porse occasione la polemica con un noto filologo (G. De Sanctis dell'Università di Torino), sostenuta da questo con errata nozione degli istituti giuridici e de' miei concetti, con accuse egualmente errate e con linguaggio non corretto (vedi per quel che riguarda la tesi presente il volume del De Sanctis, *Per la scienza dell'antichità*, Torino 1909, pag. 411, e ora 'Ατθίς, *Storia della repubblica ateniese*, 2ª ed., Torino 1912, pag. 57, nota 1). Più ancora che nel citato scritto io credo oramai di dover evitare il tono polemico: il che mi è in questo, per fortuna, assai agevole, in quanto nel tema presente io mi trovo ad aver di fronte un illustre storico, Eduardo Meyer, e un cortese avversario, Vincenzo Arangio Ruiz, i quali possono sino ad un certo segno (dico sino ad un certo segno, perchè, come apparirà dal seguito, io sono forse più del De Sanctis d'accordo coi motivi giusti del Meyer, del quale ho in parte anticipato la tesi) essere ritenuti rispettivamente l'uno come autore, l'altro come rappresentante dei concetti del De Sanctis sulla *familia* e sulla *gens*.

dominio della preistoria e dell'antropologia) e ad ogni modo descrittivo: esporre e disegnare le successive agglomerazioni sociali dalle origini dell'umanità alle origini della civiltà. Dall'altro lato esso è problema giuridico: stabilire, in base alla struttura e in base alla finalità essenziale, la natura delle agglomerazioni sociali primitive e in che divergano per avventura dalla società civile odierna. Com'è ovvio, i due lati si intrecciano, perchè la descrizione è il necessario presupposto dell'indagine circa la natura, anzi a prima vista i due lati del problema o, se si vuole, i due problemi si confondono in un solo, perchè chi narra e descrive crede di risolvere e penetrare l'essenza dei fenomeni: onde una facile confusione anche nella valutazione delle idee. « Da Dicearco a Pietro Bonfante », così prorompe in un recente scritto un bollente e colto studioso (1), collocando con grande onore il mio nome accanto a quello dell'antico pensatore greco, sebbene io mi sia occupato quasi esclusivamente del problema giuridico e sebbene anche circa il problema storico io sia lungi dal collocare la base della primitiva κοινωνία nella famiglia, secondo il pensiero di Dicearco, che è altresì il concetto più popolare dai filosofi greci e romani ai pensatori odierni.

Il momento presente è uno stato di crisi del problema, perchè alla vecchia soluzione che aveva trovato il suo apostolo nel Sumner Maine, ed era stata applicata alle origini romane principalmente dal Jhering e dal Mommsen, dopo una serie di attacchi che non parevano riusciti a demolirla (per parte mia io non ne avevo *di proposito* criticato se non la concezione giuridica), si è contrapposto con fervore un indirizzo antitetico, imperniatosi finalmente nel grande storico tedesco Eduardo Meyer, il quale ha trovato in Italia i suoi seguaci in Gaetano De Sanctis e Vincenzo Arangio Ruiz. Ai fondatori dei due indirizzi nocque per mio avviso appunto l'errata nozione circa la natura dei primitivi gruppi sociali:

---

(1) V. Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, Messina 1914, pag. 9.

io credo che il concetto da me svolto offra modo di conciliare, fin dove sono conciliabili, le opposte dottrine, eliminando le esagerazioni e gli equivoci dell'una e dell'altra.

2. Una vaga intuizione naturalistica degli autori greci, viva sovrattutto nei dominî finitimi della poesia e dell'antica filosofia, nutrita probabilmente di elementi tradizionali e di osservazioni reali (1) in un'epoca in cui nel Mediterraneo si alternavano le luci di civiltà sfolgorante e le ombre di cupa barbarie o di assoluto stato selvaggio, poneva come cellula sociale la famiglia. La nostra Rinascenza non fece che rievocare questo pensiero e anche nell'opera di Giambattista Vico esso è disegnato e colorito, ma non oltrepassa la fase intuizionistica. Fu soltanto nel secolo XIX che lo stesso pensiero, metodicamente proseguito con indagini positive, con spirito scientifico, assunse corpo e forma di dottrina.

La scoperta dell'unità aria, e le ricerche storiche nel campo dei popoli dell'antichità classica o dei popoli arî non classici (slavi, indiani, celti, irlandesi) comparati ai popoli semitici, parvero fornire la base inconcussa della teoria. Col linguaggio dell'antichità biblica e dell'antichità romana si foggiò il nome della primitiva e tipica agglomerazione sociale: organizzazione *patriarcale*, termine allusivo alla famiglia governata con autorità dispotica dal padre o dall'avo, organizzazione *gentilizia*, termine allusivo ai gruppi più vasti che rappresentano un'espansione della famiglia e un grado successivo nell'agglomerazione.

Destino analogo a quello che la *communio bonorum primaeva*, sogno di filosofi e poeti, subiva pur essa nel secolo XIX, assumendo forma e veste di dottrina positiva nelle teorie parallele della proprietà collettiva in gradi e cerchie successive.

---

(1) Anzi certamente: cfr. Pomp. Mela, *De chorographia*, 1, 8, 42.

I cardini di questa dottrina, sviluppata specialmente dal Sumner Maine, nella sua ricca e geniale attività di comparatista, si possono fissare nelle proposizioni che seguono:

1° Cellula della società umana è la famiglia: quindi la base dell'agglomerazione sociale primitiva è il vincolo familiare, vincolo di parentela e di sangue.

2° I gruppi maggiori si sono costituiti per espansione naturale, per aggregazione di famiglie, per federazione dei gruppi minori sorgenti al di sopra delle famiglie. Così a grado a grado si svolsero le genti, le tribù, la città, lo Stato (1).

3° L'organizzazione politica sorge in progresso di tempo, nella città e nello Stato per l'influenza del territorio, cioè della stabile coabitazione di individui di diversa origine in sedi comuni.

Esiste pertanto una antitesi tra la società primitiva e la società politica in quanto con l'avvento della città e dello Stato il vincolo politico-territoriale sostituisce in progresso di tempo il vincolo di sangue come base dell'agglomerazione sociale (2).

---

(1) L'antichità del concetto è messa in rilievo dall'Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, pag. 8-9. Bene l'annotatore del Maine, Federico Pollock, *Ancient law with introduction and notes*, London 1912, giudica la posizione e l'importanza diversa assunta dalla teoria patriarcale nella elaborazione moderna. « Il Maine non fu il primo a scoprire che la tribù e la città degli antichi arî è l'espansione della famiglia legata dal vincolo di parentela effettiva e integrata, in quanto giovi a tener unita la comunità, dall'adozione o anche da mera finzione; la concezione per vero ne' suoi punti più essenziali risale ad Aristotele. Ma egli fu il primo, io credo, a richiamare l'attenzione in una forma adeguata alla generale esistenza ed alla importanza di questa configurazione della società arcaica (op. cit., pag. 179) ». Del resto lo stesso Sumner Maine non si è punto dissimulato, anzi ha vantato l'alta antichità della teoria patriarcale e richiama le osservazioni e speculazioni degli autori greci e principalmente i suoi massimi precursori, Platone e Aristotele (v. specialmente *Études sur l'histoire du droit*, pag. 438 e seguenti).

(2) Richiamo a chiarimento di ciascuna proposizione i passi principali del Maine:

I. Sumner Maine, *L'ancien droit*, trad. fr., Paris 1874, pag. 115-116 (*Ancient law*, 1912, pag. 131): « Il risultato delle prove tratte dalla giu-

L'applicazione di questa dottrina alle antichità romane le conferì un'attrattiva e una forza di suggestione irresistibili.

Indipendentemente dal Maine, anzi anteriormente al Maine, Teodoro Mommsen lavorava cogli stessi motivi, in parte contraddittorî: da un lato aggregazione di genti, sinoichismo di tribù, dall'altro antitesi tra la base familiare e

---

risprudenza comparata è che la condizione primitiva della specie umana fu ciò che si chiama lo Stato patriarcale. Senza dubbio la teoria di questo Stato si fondò in origine sulla storia biblica dei patriarchi ebrei nella bassa Asia: ma, come abbiamo detto, la sua origine biblica era piuttosto un ostacolo al suo completo accoglimento come teoria completa, perchè la maggior parte di coloro che sino ai giorni nostri hanno studiato con più serietà le relazioni dei fenomeni sociali, era sotto l'influenza di pregiudizi potenti contro le antichità ebraiche ».

Ibid., pag. 118: « Gli uomini compaiono in sul principio in gruppi perfettamente isolati sotto la potestà del padre di famiglia ».

Id., *Études sur l'hist. des inst. prim.*, trad. fr., Paris 1880, pag. 81: « Le ultime ricerche sulla storia primitiva della società permettono di concludere che la consanguineità o parentela è il vincolo più antico delle comunità umane ».

Cfr. anche *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, cap. VII (le teorie sulla società primitiva), pag. 255.

II. *Ancien droit*, pag. 121 (*Ancient law*, pag. 136): « La famiglia, la casata, la tribù dei Romani possono essere considerate come tipi (della serie ascendente di gruppi ond'è costituito lo Stato primitivo) e le descrizioni che ci vengono fatte sono tali che è difficile non scorgervi un sistema di centri concentrici formati successivamente attorno ad uno stesso punto. Il gruppo elementare è la famiglia..... L'aggregazione delle famiglie forma la gente o casata. L'aggregazione delle casate è la tribù. L'aggregazione delle tribù forma la repubblica ».

III. *Ancien droit*, pag. 125 (*Ancient law*, pag. 139-140): « Ad una data epoca — probabilmente non appena si sentirono abbastanza forti da resistere alla pressione esterna — tutti questi Stati cessarono di reclutarsi con estensioni artificiali di parentela. Essi divennero dunque necessariamente aristocratici ogni volta che un nuovo popolo raccolto per una causa qualunque intorno a essi non potesse reclamare una comunione di origine. La loro resistenza a mantenere il principio centrale del sistema sotto il quale non si potevano ottenere i diritti politici se non con una parentela reale o artificiale, apprese agli inferiori un altro principio che si riconobbe dotato di una vitalità superiore. Esso

parentale della società gentilizia e la costituzione politica della *civitas* (1).

3. Nonostante il suo largo favore, questa dottrina aveva i suoi lati deboli dal punto di vista storico ed era, a mio avviso, errata dal punto di vista giuridico.

Per quel che concerne l'aspetto storico le fonti della dottrina non sono primitive nè abbracciano tutta quanta l'umanità. La base prevalentemente intuizionistica della dottrina è velata, ma non distrutta.

Sotto l'aspetto giuridico, poi, l'antitesi posta tra società primitiva e società civile è fondata su di un equivoco, in gran parte aiutato dalla terminologia e dalla inconsapevole suggestione dei gruppi odierni che si comparano alla famiglia primitiva.

Per vero gli autori scorgono (e sarebbe impossibile non scorgerlo, il carattere) come si suol dire, artificioso (2) dei gruppi primitivi, cioè l'assenza frequente di vera consanguineità tra i membri, la facile e frequente ammissione di

---

fu il principio dell'abitazione dello stesso territorio oggi riconosciuto ovunque come condizione della comunione dei diritti politici »:

Études sur l'histoire des institutions primitives, pag. 91: « Dal momento in cui una tribù fissa la sua definitiva dimora su di un'estensione data di territorio, la terra, il suolo sostituiscono la parentela come fondamento dell'organizzazione sociale ».

Aderente sostanzialmente al Maine: T. Giorgi, *Gli Indoeuropei*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. LV, 1915, pag. 3 e seguenti.

(1) Nondimeno, per quel che riguarda il Mommsen, io sarei ora in dubbio se si debba ritenere un vero e proprio fautore della teoria patriarcale come origine prima della società umana, o se questa non sia che un'apparenza nascente dal punto di vista in cui egli, come storico di Roma e come giurista si colloca. L'abbaglio commesso a mio riguardo considerando la mia *Storia del diritto romano* e le mie *Istituzioni*, e fortunatamente facile a distruggere in base agli scritti speciali sull'argomento, m'insegna a dubitare.

(2) Artificioso! È la parola di rito ne' nostri studî quando la prevenzione o la suggestione della vita odierna spinge a proiettare nelle origini un dato concetto, mentre da ogni parte erompono i caratteri del fenomeno inconciliabili colle nostre categorie.

stranieri: ma ricorrono ad espedienti dialettici e in parte puramente verbali per sorregger l'edificio. In ordine al vincolo che lega i membri si parla di conflitto fra la teoria e il fatto, di finzione legale di parentela (1), di confusione tra il vincolo di parentela e la soggezione alla potestà (2). Si insiste che il carattere fittizio dei gruppi è un fenomeno posteriore, mentre all'origine la parentela doveva essere effettiva (3). Caratteristico è il discorso complicato con cui esprime l'organizzazione della famiglia per salvare il suo punto di vista il Sumner Maine (4). « Per ben comprendere l'antica concezione della famiglia, noi dobbiamo dare alle nostre idee moderne una importante estensione e fare una importante limitazione. Noi dobbiamo considerare la famiglia come costantemente ampliata per l'assorbimento di stranieri nella sua cerchia, e dobbiamo sforzarci di considerare la finzione dell'adozione imitante così davvicino la parentela reale, che nè la legge, nè l'opinione stabiliscono la menoma differenza tra la parentela del sangue e quella che nasce dall'adozione. Dall'altro lato le persone incorporate *teoricamente* a una famiglia dalla discendenza comune sono legate *praticamente* dalla potestà dell'ascendente più vecchio, padre, avo e bisavolo. L'autorità del patriarca è un elemento così essenziale della nozione del gruppo di famiglia come il fatto, reale o supposto, che i membri della famiglia discendano tutti da lui: e così noi possiamo comprendere che se esiste alcuno, il quale, benchè vero parente per sangue, sia stato sottratto di fatto alla potestà del capo, esso è sempre considerato, agli inizî del diritto, come perduto per la famiglia. È questa aggregazione patriarcale — la famiglia moderna così ridotta da un lato ed estesa dall'altro — che incontriamo sulla soglia del diritto primitivo ».

---

(1) *Ancien droit*, pag. 123 (*Ancient law*, 1912, pag. 138).
(2) *Études sur l'hist. des inst. prim.*, pag. 91-95.
(3) Sumner Maine, *L'ancien droit et la coutume primitive*, pag. 382.
(4) *Ancien droit*, pag. 125 (*Ancient law*, pag. 140-141).

Una famiglia più estesa da un lato, più ristretta dall'altro della odierna, una contraddizione più o meno velata tra il punto di vista *teorico* e il punto di vista *pratico*. Ecco il ragionamento a cui ci si riduce per mantenere il concetto familiare nel senso odierno, cioè per voler richiamare questi gruppi sociali a un organismo eterogeneo, allontanandoli dagli organismi omogenei!

Quanto ai poteri e alle finalità la spiegazione suole esser più semplice: la famiglia primitiva *usurpa* anche le funzioni dello Stato: la differenziazione del diritto pubblico e del diritto privato è il frutto di un maturo progresso, mentre nei gruppi primitivi avremmo qualche cosa di misto e di intermedio tra la famiglia e lo Stato.

Questo vizio della dottrina a me parve il più grave, e a combattere questa concezione giuridicamente errata dei gruppi sociali primitivi io ho dedicato in prevalenza la mia attività sul tema. I miei studî hanno trovato in generale adesione in Italia; all'estero non pare che il vizio da me denunciato sia stato mai nè criticato, nè scorto.

4. Tuttavia è in parte la confusa ed errata nozione giuridica della società primitiva che anche dal punto di vista storico ha minato il terreno alla teoria. Il Maine stesso n'ebbe un vago sentore. « Il gruppo familiare è *eminentemente artificiale*, poichè *esso si recluta liberamente con l'adozione di stranieri. Ciò giustifica* un'esitazione che si converte in una raddoppiata attività di ricerca. In questi ultimi tempi si è preteso sul serio, che trasportando le investigazioni sulle idee ed i costumi dei popoli che vivono ancora allo stato selvaggio, si scoprirebbero ancora due stadî anteriori di civiltà che la società umana ha dovuto traversare prima di ordinarsi in gruppi di famiglie » (1).

La battaglia contro la teoria patriarcale dal lato antropologico è stata combattuta vivamente all'estero. Già il Lubbock,

(1) *Études sur l'hist. du droit*, Paris 1887, pag. 24.

il Mac Lennan, il Morgan (coi quali ebbe a contrastare il Maine), osservando le società selvaggie attuali in uno stato che veramente si può ritenere primitivo, descrissero agglomerazioni sociali diverse dalla famiglia, relazioni più complicate, di quelle che la semplicità schematica dei risultati ottenuti sulla base dei popoli storici lasciasse supporre. Ma chi schiuse veramente alle indagini un nuovo indirizzo fu il Bachofen, che col suo *Mutterrecht* rivelò un'organizzazione che parve offrire uno stadio più arcaico e la più schietta antitesi con la società *patriarcale*, ed era per vero la confutazione del gretto ed errato punto di vista che aveva suggerito questa terminologia.

Dal lato propriamente ontologico e giuridico la teoria patriarcale è stata combattuta da me. Io manifestai bensì sotto l'aspetto antropologico apertamente il mio dissenso dalla teoria dominante; ma su questo punto io non ho sempre insistito negli scritti ulteriori, in quanto era per me questione secondaria.

E credo veramente, ora più che mai, che sia questione secondaria, la quale non ammette nemmeno una soluzione universale. Il punto di vista giuridico è invece, anche per lo storico, essenziale: e se nella nuova ricostruzione che è stata tentata e nelle argomentazioni relative vi è qualcosa di erroneo, di equivoco o per lo meno di eccessivo, ciò nasce dal non aver mutato la base del ragionamento dal punto di vista giuridico, nasce dal parlar di famiglia nel senso e col sentimento con cui della società domestica si parla ai nostri giorni.

Quest'opera di ricostruzione, per quel che concerne la storia della nostra civiltà, è stata compiuta da Eduardo Meyer. Pertanto la sua concezione in questa parte, come del resto in una serie di punti, si pone in diretta e recisa antitesi con le concezioni del Mommsen; egli giunge invece alle mie stesse conclusioni dove l'erronea nozione dominante, che accoglie, della gente e della famiglia non lo travia. È opportuno per la chiarezza di riassumere i momenti fondamentali

della teoria di Eduardo Meyer in antitesi ai corrispondenti momenti della teoria patriarcale: rilevo nei caratteri le deduzioni, nelle quali io divergo dal Meyer.

I. Lo Stato, sia pur nella forma dell'orda — che merita il nome di Stato — è l'organismo primitivo, nato con l'uomo. *La famiglia, la gente, si sono formate entro lo Stato e per opera dello Stato.*

II. L'antica umanità ci presenta una molteplicità di gruppi e di relazioni sociali, che si sovrappongono, s'intrecciano, s'intersecano. *Di essi uno solo merita il nome di Stato, gli altri si considerano come suddivisioni di esso e debbono di regola la loro origine alla scissione di gruppi maggiori, allo sgretolamento di Stati preesistenti.*

III. Nessuna antitesi essenziale tra la società primitiva e la società posteriore, nessuna influenza essenziale del territorio sul concetto di Stato (1).

La dimostrazione delle varie tesi per opera dell'illustre storico è piuttosto sintetica che analitica. Egli è nutrito e

---

(1) Le idee del Meyer sono esposte nella sua *Geschichte des Alterthums* e nelle *Forschungen zur alten Geschichte*, II, 1899, pag. 514 e seguenti e organicamente svolte in un articolo inserito in *Sitzungsberichte* etc. (Rendiconti delle sedute dell'Accademia di Berlino), 1907, pag. 508 e seguenti dal titolo *Ueberdie Anfänge des Staats und sein Verhältniss zu den Geschlechtsverbänden und zum Volksthum.* A illustrazione di quanto diciamo nel testo, riferiamo qui per ciascun punto i passi principali di questo articolo segnando le coincidenze con l'ultima edizione della sua storia (1913, I, 1), dove occorrono.

I. *Sitzungsberichte der Kön. preuss. Ak. der Wissensch.* (Classe filosofico-storica), 1907, pag. 512 (*Gesch. des Alt.*, 3ª ediz., I, 1, pag. 1):

« Noi dobbiamo riguardare il consorzio statuale non solo dal lato ideale, ma altresì dal lato storico come la forma primitiva della società umana, vale a dire precisamente come quella forma di consorzio sociale, che corrisponde al gregge animale e per le sue origini è più antica che il genere umano stesso, il cui sviluppo è divenuto possibile solo in esso e per esso ».

Ibid., pag. 528 (*Geschichte*, pag. 34): « I consorzi gentilizi e la famiglia non furono mai altro che quello che ci si offrono ovunque nei tempi storici: non già consorzi indipendenti, bensì suddivisioni dello Stato.

convinto dei dati antropologici che sembrano collocare l'orda al principio dell'evoluzione umana, e nella storia, della quale è signore, la famiglia e la gente gli appaiono sempre entro un'organizzazione superiore: la storia stessa poi gli offre troppi esempi di dissoluzione e sgretolamento dei gruppi maggiori per non renderlo scettico di fronte all'ipotesi di un processo costante di espansione e di aggregazione.

Tuttavia l'argomentazione fondamentale che ritorna insistentemente nel Meyer è l'inverosimiglianza di una concezione che fa sorgere lo Stato ad un grado avanzato della evoluzione umana, che considera il vincolo di sangue come base di un consorzio necessario e perpetuo e il rispetto agli

---

Non da essi è sorto lo Stato, ma piuttosto essi furono creati per la prima volta per opera dello Stato ».

Ibid., pag. 529 (analogamente *Gesch.*, pag. 11): « Lo Stato nella sua figura primitiva è più antico che l'uomo ed è il presupposto di tutta l'evoluzione umana ».

II. *Ibid.*, pag. 511 (*Gesch.*, pag. 9-11): « Ovunque noi abbiamo notizia della vita dell'umanità noi non riscontriamo come nelle società animali un solo gruppo, ma più gruppi sociali, gli uni entro gli altri e talora incrociantisi.....

« Assai spesso sono i gruppi più ristretti e perciò più individuali e congiunti in una più salda unità che si affermano vittoriosi e spezzano il gruppo maggiore, collocandosi per avventura essi stessi al suo posto: spesso al contrario il più vasto impone la sua volontà.

« Ma tra questi gruppi uno idealmente domina tutti quanti gli altri: ed è quello che considera tutti quanti i gruppi minori come parti subordinate, come aggruppamenti nel grembo di una unità ».

Ibid., pag. 515 (*Geschichte*, pag. 14): « È noto che presso i Germani come presso i Greci le formazioni statuali più ampie, talora di una potenza ragguardevole, hanno preceduto lo sgretolamento. La completa disgregazione d'Israele nel Medio Evo, del popolo greco, dei popoli italici e dei popoli cristiani è il prodotto di un determinato stato di civiltà, e anche di una civiltà assai progredita, vale a dire il passaggio pieno allo stato sedentario, nel quale gli antichi ordini statuali basati sulla tribù non possono più funzionare: ond'è che l'idea di Stato si riporta sui gruppi minori più strettamente uniti, per accogliere qui nuove forze e di qui espandersi nuovamente ».

Nella *Geschichte des Alterthums*, pag. 14, il Meyer nota come il problema si ripresenti di nuovo in molti Stati moderni evoluti, i quali si

ascendenti e agli anziani come fondamento sufficiente di rapporti autoritativi.

La critica pertanto fornisce al Meyer le armi per la costruzione. Seguiamo il suo ragionamento. « In larghe sfere, domina come principio dimostrato e indiscutibile il concetto che lo Stato è una formazione recente della evoluzione umana, e che esso fu preceduto da un'epoca nella quale i gruppi sociali nascenti dalla naturale comunione di sangue e dal commercio sessuale costituivano la struttura fondamentale della società umana, e imperavano sulla vita dell'individuo. Questa teoria cerca la radice, il germe di ogni organizzazione sociale nell'organizzazione della vita sessuale,

---

sono costituiti su basi federali, come i Paesi Bassi, la Svizzera, l'Impero tedesco, gli Stati Uniti dell'America del Nord.

III. *Ibid.*, pag. 512-513 (*Gesch. des Alt.*, pag. 11): « Relazioni dell'uomo con la terra esistono sempre, e persino le tribù non ancora divenute sedentarie, anzi vaganti colle loro gregge secondo le stagioni nei più varî territorî o viventi su di essi unicamente della caccia, considerano cionondimeno il territorio coi suoi pascoli, con le sue foreste, con le sue acque come loro proprietà e cercano di tenerne lontana ogni tribù straniera: ma certo esse non sono saldamente congiunte col territorio. Se non che il possesso di un territorio ben delimitato non costituisce punto un elemento essenziale del concetto di Stato: chè anzi noi possiamo benissimo concepire anche uno Stato evoluto, il quale senza smarrire il suo carattere e la sua fisonomia si stacchi interamente dal territorio, come fecero gli Ateniesi nell'anno 480, come pensarono di fare gli Spartani nell'anno 366, gli Olandesi nel 1672 [gli esempi, per vero, non mi sembrano molto appropriati: si tratta di condizioni transitorie; meglio forse sarebbe parlare di Stato in orde marittime]. Viceversa tutti gli elementi realmente decisivi pel concetto di Stato (unità del volere, realizzazione dell'ordine giuridico, organizzazione militare e politica, e sovrattutto coscienza della perpetuità del gruppo, la cui esistenza è indipendente dalla volontà delle parti subordinate e degli individui dipendenti che essa invece assoggetta al suo volere) esistono anche nelle orde nomadi e dedite alla caccia, e spesso in forme assai evolute. Manca pertanto ogni motivo di schivare qui l'espressione di Stato o società statuale ».

Ibid., pag. 513, nota: « Ogni tentativo di determinare nello sviluppo del diritto il momento dal quale constatare l'esistenza dello Stato è arbitrario, e praticamente inattuabile ».

nelle relazioni tra maschi e femmine..... Se non che questa concezione, per diffusa che sia e per evidente che appaia a molte persone, non è sostenibile, nè logicamente, nè empiricamente » (1).

E altrove: « Nell'organizzazione della vita sessuale e nell'ordinamento della famiglia — prendendo la parola nel suo più ampio senso — noi non abbiamo punto a che fare con formazioni naturali e necessarie che possano esser riguardate come radici di ogni comunione umana, di ogni consorzio sociale, bensì con istituzioni autoritative, che nell'interno di un gruppo sociale già esistente assoggettano la vita sessuale e la posizione dei figli a una regola fissa. Questa regola non sorge e non opera spontaneamente in forza di un istinto naturale, il quale condurrebbe unicamente al concubinato non disciplinato, al libero commercio sessuale, bensì essa opera in forza del costume, e dietro il costume sta la coazione esterna, statale..... Il sentimento della *pietas* e persino il costume non potrebbero indurre nè il cittadino romano nè lo schiavo a comparire dinanzi al tribunale domestico o lasciarsi vendere dal padre di là dal Tevere all'estero; la forza fisica non ha qui alcuna parte. Ogni ordinamento di simil genere si può tradurre in atto unicamente perchè è diritto vigente *e perchè la forza coattiva della collettività, cioè lo Stato, riesce ad imporne l'assoluta obbedienza* » (2).

5. Il mio conflitto antico con la concezione dominante mi aveva portato sullo stesso terreno di idee di Eduardo Meyer. Solo in parte io divergo dal Meyer, e ciò avviene in quanto la mia concezione giuridica uniforme dei gruppi primitivi mi fa considerare con maggior libertà di spirito, anzi con un certo scetticismo le tendenze a universalizzare gli stadî percorsi dall'umanità e a forzare in uno schema unico l'infinita varietà dei fenomeni storici. Il Meyer stesso ha sotto questo

---

(1) *Sitzungsberichte*, pag. 517 (*Gesch. des Alt.*, pag. 16).
(2) *Sitzungsberichte*, pag. 527-528 (*Gesch. des Alt.*, pag. 33-34).

aspetto ecceduto talvolta, riuscendo a mettersi in contraddizione con alcune sue savie osservazioni; ma più esagerano i suoi seguaci.

Mi propongo ora precisamente di mostrare fino a qual punto io convenga col Meyer e a qual punto (specialmente per quel che concerne le origini di Roma) io ne diverga, senza peraltro che la mia divergenza rappresenti un ritorno all'antico.

Come ho riferito i tratti salienti del Sumner Maine e del Meyer, così dovrò essere in quello che segue largamente autocitativo: ne chiedo venia, ma ciò è necessario, perchè i miei scritti, o almeno i miei scritti antichi speciali sull'argomento, sono meno noti anche in Italia, sicchè mi accade di vedermi imbrancato nell'opinione dominante, con la quale io non concordo interamente sotto l'aspetto storico e dalla quale discordo pienamente pel concetto giuridico, che tenuto presente nel suo vero significato avrebbe potuto servire a moderare le esagerazioni e conciliare le opposte correnti.

« Ed ecco lo schema de' miei concetti in correlazione con le opinioni esposte. Rilevo pur sempre nei caratteri le tesi divergenti o nuove.

« 1° L'organizzazione politica è originaria nell'umanità. La prima agglomerazione sociale è, *di regola almeno*, l'orda, non già un gruppo che si possa paragonare alla famiglia. *Ma l'organizzazione familiare e gentilizia ha preceduto la città e le organizzazioni statuali superiori.*

« 2° La società primitiva svolge via via una molteplicità di gruppi sociali gli uni sovrapposti agli altri; i *singoli tipi si costituiscono ora per l'aggregazione dei minori, ora per lo sgretolamenlo dei maggiori, secondo le vicende e le fasi della storia.*

« 3° Nessuna antitesi essenziale tra la società primitiva basata sul vincolo di sangue ed una società civile basata sul vincolo politico-territoriale, *ma la gente, la famiglia sono esse stesse, per la loro struttura e per le loro finalità, organismi politici. Una differenza di ordine secondario vi ha tut-*

tavia tra la società primitiva e la società civile, ed è che quella molteplicità di organismi politici, più o meno autonomi, della società primitiva tende a scomparire nella società progredita, disgregandosi molte serie di gruppi o alterandosi nella funzione o convertendosi in organi politici di un organismo superiore ». Per indicare questa differenza io riservai costantemente il nome di *Stato* all'organizzazione politica unitaria, adoperando la designazione generica di *organismi politici* per indicare i varî gruppi sociali primitivi.

Per quel che concerne la parte storica della mia tesi richiamo ai tratti più salienti de' miei scritti donde si può desumere la concordanza e la divergenza dal Meyer, e aggiungo poche osservazioni critiche. Alla tesi giuridica che ha costituito la base essenziale de' miei studî sull'argomento riservo la seconda parte di questo scritto, in quanto occorre di ribadire e corroborare la mia vecchia opinione.

Res mancipi e nec mancipi, Roma 1888-89, pag. 270-271: « La società e la proprietà sono *fatti primitivi e necessari, che derivano dall'esser uomo:* intendiamo però società non come denominazione di qualsivoglia gruppo o associazione, ma come designazione specifica della *società necessaria per la coesistenza e la difesa, la quale, considerando il suo scopo e la sua funzione essenziale, può esser distinta da qualunque altro gruppo sociale come società politica in lato senso.* Checchè sia, *dovunque l'uomo esiste, è parte almeno di questa aggregazione sociale.....* ».

« Se noi ricerchiamo la condizione veramente primitiva (della società), le memorie e tradizioni più vetuste de' popoli civili, le indagini linguistiche o altro genere di indizi non ci possono soccorrere: e ove si creda di doverla desumere solamente da quei dati, val meglio rassegnarsi a doverla ignorare. Ma se le tradizioni dell'uomo primitivo non si conservano, la vivente immagine sua si può osservare, e dedurre, con le cautele stabilite, leggi universali. E una vivente immagine ci è presentata oggidì dalle popolazioni selvagge d'Asia e più largamente d'Africa, d'America, d'Australia. Ivi — e intendiamo

nelle popolazioni più basse — *la sola o pressochè sola aggregazione sociale è l'orda o la tribù: ed è un'aggregazione nazionale, che costituisce la prima forma di una società politica:* ma è in pari tempo una società politica rudimentale, mancante di coesione e di organizzazione, mancante di autorità efficace ne' suoi capi, di soggezione ne' suoi membri. L'assemblea de' guerrieri o degli anziani, presieduta dal capo della tribù, decide della guerra, della pace e delle controversie tra i singoli: ma i singoli sembrano volontariamente concorrere alla guerra o sottomettersi alle decisioni. Dei rapporti sessuali è meglio non parlare: *la famiglia come società stabile, cioè come vera società, in qualunque concetto e in qualunque forma, non esiste nel grado più basso della umanità* ».

Diritto romano, Firenze 1900, pag. 9: « Spettacolo davvero edificante il vedere come il naturalismo intuizionistico abbia radici così profonde nello spirito di quelli stessi che si vantano seguaci dell'osservazione reale e de' metodi positivi, come niuno sforzo valga a svellere interamente dallo spirito umano la tendenza di giudicare, secondo la *degnità* del Vico, delle cose lontane e sconosciute secondo le cose conosciute e presenti. Essi sanno, gli studiosi odierni, che *le relazioni sessuali regolari e stabili sono un prodotto tardo e particolare dell'evoluzione umana* più dell'organizzazione per la difesa e l'offesa: essi sanno che i rapporti tra il maschio e la femmina, tra genitori e figli nell'unità primitiva non durano più di quanto sia necessario alla conservazione della specie: essi sanno che veramente primitiva in quella vece è di regola la cooperazione politica, nascente dal conflitto tra i diversi gruppi sociali: essi sanno che società politica e domestica come hanno origine diversa, così hanno diversa funzione, principio diverso di organizzazione, morale opposta: e non di meno, messi dinanzi alle origini ariane e semitiche, *non esitano a porre la famiglia innanzi allo Stato, il vincolo familiare innanzi al politico*, che in una fase così elevata dell'evoluzione sparisce! ».

Res mancipi e nec mancipi, pag. 277: « Però come da questo momento si procede lentamente nello sviluppo lo stato delle cose muta gradualmente, ma profondamente. All'indipendenza vivace dell'uomo primitivo, avente un debole centro di vita sociale nell'orda o nella tribù primordiale, allo stato di atomismo individuale, che spicca nell'età più bassa della umanità, succede a mano a mano una vera esaltazione del principio sociale ».

« Ora per quel che concerne l'organizzazione sociale in questo momento una serie molteplice di successivi organismi sociali si va formando che si designano con le denominazioni generiche, famiglia, gente, comunità, tribù e simili; ma si perdono o si confondono a un certo momento nelle agglomerazioni puramente nazionali ».

Ibid., pag. 282-283: « Un territorio non manca agli organismi primordiali, e fin nei gradi più bassi dell'umanità si nega a torto. Solamente, il concetto di territorio e d'impero sul territorio è più spiccato nelle società civili, perchè disgiunto dalla proprietà e perchè, a un tempo stesso, lo Stato nell'ultimo sviluppo è persona distinta dalla somma de' singoli.

« Come poi si origina ciascuno de' gruppi è altro problema. L'opinione dominante ritiene che come tutti hanno la natura della famiglia, così derivino tutti da un'espansione della famiglia naturale.

« Io riterrei però che le agglomerazioni superiori, nelle quali il vincolo di origine comune comincia ad aver carattere immemorabile o leggendario, *non siano nella sostanza che l'antica tribù o frazionamenti di quella*. Ciò che ha falsato il vero è, per mio avviso, pur sempre l'influenza dell'intuizione naturalistica de' popoli stessi, la quale però si compiace di rappresentare come discendenti da una sola famiglia anche le agglomerazioni più vaste e meramente nazionali e infine l'intera umanità » (Cfr. Meyer, l. c., pag. 512-513, 516-517).

Bull. dell'Ist. di dir. rom., I, 1888-89, pag. 239: « Ciò che vi ha di proprio nello Stato, ciò che costituisce la sua forza

e la sua maestà, non è già che lo Stato debbasi concepire come la prima agglomerazione politica — *prima dello Stato erano forse gli uomini* θεοὶ o θηρία? — ma che esso è, quando compare, non solamente l'organismo politico supremo, ma, almeno nell'ultima evoluzione sua, l'unico organismo politico » (Cfr. più largamente *Diritto romano*, Firenze 1900, pag. 10) (1).

6. Il mio accordo con Eduardo Meyer nella parte propriamente storica della tesi era forse, più di un quarto di secolo addietro, maggiore che non sia ora, perchè ora, come dico, le osservazioni ulteriori degli esploratori (per esempio i rilievi delle missioni agostiniane presso gli Yahuas delle regioni delle Amazzoni, una delle più antisociali razze umane, viventi solo in gruppi familiari senza alcuna coesione in tribù) e le dottrine degli antropologi circa la diffusione dell'umanità mi rendono piuttosto scettico nel concepire in modo assoluto l'orda come il principio universale dell'agglomerazione sociale umana. Forse il problema ammette varie soluzioni. Forse anche il significato dell'orda non è da esagerare. Essa può costituire, secondo le vicende, il germe di uno Stato o rappresentare un tenue vincolo federale, che sopravvive anche quando genti e famiglie si sono costituite entro l'orda. Famiglia e orda non sono del resto termini escludentisi, e a torto, mi sembra, nel mito di Polifemo e de' Ciclopi si è fermata l'attenzione sull'unità familiare e sulla potestà che i Ciclopi esercitano sulle mogli e sui figli. Al di sopra della famiglia esiste l'orda: Polifemo ferito invoca il soccorso e la vendetta de' suoi compagni, e non farebbe invocazione vana

---

(1) Posso citare anche per una data più recente la prefazione de' traduttori (Bonfante e C. Longo) a Post, *Giurisprudenza etnologica*, Milano 1906, pag. XII-XIII; pag. XVII-XVIII (Questa prefazione è nella maggior parte opera del Longo; ma le pagine citate contenenti precisamente una critica della teoria patriarcale e delle opinioni del Maine sulle origini arie sono non soltanto approvate e sottoscritte, ma scritte in larga parte da me).

se lo stratagemma del nome di Nessuno non avesse servito ad ingannare precisamente più i suoi compagni accorrenti che il Ciclope. E come il poeta, così il geografo rilevano espressamente il gruppo familiare, ma non fanno menzione dell'orda, anzi quasi la negano espressamente. Ciò significa per lo meno che essa ha una ben debole coesione che potrà costituire, ripeto, un debole organismo federale, non uno vero Stato (1).

Con piacere veggo che in generale io concordo altresì col Meyer nel credere che sia da porre argine alla tendenza di universalizzare i fenomeni e gli stadi di sviluppo dell'umanità (2). Il problema è, d'altra parte, meramente antropologico: lo storico e più ancora il giurista possono prescindere da quella ricerca. Ma non mi sembra che da questa tendenza il Meyer si sia interamente salvato. Io non credo che si possa stabilir come legge l'origine posteriore de' gruppi minori dal frazionamento dei maggiori o dall'azione dello Stato. Il Meyer si richiama al Medio Evo ellenico, israelitico, italico, europeo, e al Meyer si ricollega Arangio Ruiz (3): ma l'argomento non mi pare che abbia valore assoluto. Si tratta in quelle epoche di ricorsi storici, cioè di ritorno alle epoche primitive. È naturale che in questi ricorsi avvenga per effetto di scissione o sgretolamento di unità superiori ciò che avviene nelle epoche veramente primitive per nascita e formazione naturale, ma non se ne può certo indurre la legge che le organizzazioni minori siano regolarmente derivate dalla disgregazione delle maggiori e presuppongano appunto una precedente unità più vasta. Nel Medio Evo si ha pure un ritorno all'economia naturale; si potrà sostenere per questo l'assurdo che l'eco-

---

(1) Cfr. Pomponio Mela, *De chorographia*, I, 8, 42 (a proposito di tribù confinanti con la Cirenaica): « Quamquam in familias passim et sine lege dispersi nihil in commune consultant, tamen quia singulis aliquot simul coniuges et plures ob id liberi adgnatique sunt nusquam pauci ».

(2) Cfr. Bonfante, *Dir. romano*, pag. 131-133 e Meyer, l. c., pag. 523-524.

(3) *Le genti e la città*, pag. 59.

nomia naturale abbia costantemente per suo necessario presupposto l'antecedente di una economia monetaria e si svolga necessariamente dalla dissoluzione di questa? Il feudalismo nasce dall'Impero e non viceversa, esclama Arangio Ruiz. Verissimo; ma ciò si verifica nella società medioevale, appunto perchè questa non tollera la sopravvivente o risorgente unità imperiale antica. Nasce dall'Impero nel senso che le forze centrifughe della società medioevale prevalgono sull'Impero; ma non nel senso che la disgregazione sociale e politica avesse bisogno della creazione di Carlo Magno o di Ottone il Grande per affermarsi (1). Anche la città classica e il comune medioevale italiano rappresentano lo stesso fenomeno, ma la formazione della città classica ci deve ammonire per l'appunto che il Comune medioevale non è logicamente un prodotto dell'Impero, bensì una reazione delle forze naturali vanamente compresse. Qui veramente vi ha un'antitesi tra le ragioni cronologiche della storia e la filosofia della storia.

È forse una delle consuete sventure terminologiche che la designazione tradizionale di Medio Evo, applicata all'êra che succede alla caduta dell'antica civiltà e trasportata con significato analogo alle fasi di decadenza di civiltà speciali, turbi il suo carattere essenziale di epoca primitiva e confonda il giudizio nel valutare le condizioni veramente primitive cui si fa ritorno e le sopravvivenze dell'antico. Il Meyer stesso ha contribuito a sfatare i pregiudizi di studiosi poco familiari della storia che descrivono una evoluzione economica continua dall'antichità ai nostri giorni, falsando la ragione storica e le funzioni di istituti vasti, come la schiavitù, il servaggio, l'economia capitalistica: ma se gli storici dell'economia hanno peccato per vedere nel Medio Evo una continuazione dell'evo antico, il Meyer pecca

(1) Prego l'Arangio Ruiz di considerare attentamente nel Post, *Giurispr. etnologica*, trad. ital., Milano 1906, vol. I, pag. 309 e seguenti tutta la parte che questo autore dedica alle organizzazioni feudali, che non hanno precedenti di Stato.

alla sua volta per non vedere come le sopravvivenze dell'antico turbino il carattere in larga misura primitivo del Medio Evo e rendano pericoloso ogni richiamo alle origini storiche delle forme sociali del Medio Evo.

7. La disputa generale ha interesse particolare per noi romanisti a cagione del riverbero che essa esercita nella storia del diritto romano sulla questione se all'organizzazione gentilizia e familiare abbia preceduto lo Stato ovvero siasi formata entro lo Stato, o, per essere precisi, entro la *civitas*.

La teoria classica è che la *civitas* primitiva, la quale in fondo è anch'essa una *gens*, siasi formata per la federazione di *gentes* minori, proseguendo l'agglomerazione sulle stesse basi, e che soltanto il Comune plebeo abbia spezzato l'ordinamento gentilizio: ma contro questa vecchia tesi è per l'appunto mosso in battaglia Eduardo Meyer.

Per quel che concerne le analogie storiche addotte dal Meyer abbiamo visto come esse abbiano dubbio valore e non direi che lo stesso autore attribuisca soverchio peso ai paralleli invocati. La nostra è in fondo una tesi intermedia: la famiglia, la gente possono essersi costituite entro una organizzazione politica più vasta, la tribù o l'orda, ma sono anteriori alla *civitas* romana. Anteriori, s'intende, come tipo: perchè, finchè dura lo stato di cose primitive, la formazione di genti nuove entro la *civitas* non è da escludere. Finchè un organismo conserva, sia pure in forma nuova ed alterata, la sua vitalità e le sue funzioni, non cessa la possibilità di rigenerarsi nell'ambiente nuovo e così illudere sulle origini prime. Non tutti i municipî dell'epoca storica di Roma furono un tempo Comuni autonomi, come non tutti i principi e duchi dell'aristocrazia moderna discendono da principi e duchi sovrani. Ma il tipo e il modello degli uni e degli altri è costituito per l'appunto da comunità sovrane e titoli sovrani.

Ma per quel che è della vera argomentazione del Meyer essa è distrutta dalla nostra tesi. Se la *gens*, se la famiglia

sono esse stesse organismi politici, nulla vi ha che osti alla loro formazione anteriore alla *civitas*, e, se si vuole, alla loro formazione indipendente da qualunque altra organizzazione superiore. Ciò che il Meyer osserva (1) che la regola della famiglia non è l'impulso spontaneo, naturale, bensì il costume; che noi non abbiamo a che fare con un ordinamento di rapporti sessuali, e, aggiungerei, di parentela, bensì con ordinamenti autoritativi; che non è un sentimento di devozione filiale, la *pietas*, che può indurre il figlio a subire la pena di morte e la vendita oltre il Tevere, è giusto; il pensiero del Meyer è anche il nostro pensiero, e siamo lieti di un così potente alleato; ma la conseguenza che da questa constatazione si deve dedurre, una volta stabilito il carattere politico della famiglia, è ben diversa. Non che « dietro il costume vi sia la coazione dello Stato, della *civitas* », non che « la collettività statuale impieghi la sua forza per imporre l'assoluta obbedienza a quella norma », come ritiene il Meyer. Per quanto noi possiamo risalire indietro, l'azione statuale si è esercitata in modo ben diverso, e precisamente opposto, cioè per limitare, escludere quella norma, prima timidamente e indirettamente, poi apertamente; e d'altra parte la debolezza dello Stato primitivo difficilmente gli permette di intervenire entro la famiglia sia per imporre l'esercizio della patria potestà, sia per frenarlo. È invece il costume, legge della famiglia, ciò che s'impone, nè l'autorità del capo rappresenta un potere di disciplina domestica o uno strumento dello Stato; essa è autorità sovrana di un gruppo autonomo. Nulla di più innaturale, esclama il Meyer (2), che un ordinamento per cui l'uomo adulto nel pieno vigore delle sue forze, che ha egli stesso beni e famiglia, è totalmente alla dipendenza di un debole vegliardo, per cui questi dispone a suo arbitrio

---

(1) *Sitzungsber.*, pag. 526-528. V. anche i tratti principali riferiti sopra.

(2) *Die Anfänge des Staats*, *l. c.*, pag. 526. *Gesch. des Alt.*, pag. 31.

de' beni del figlio, anzi della sua libertà, della sua vita stessa, senza che il figlio possa insorgere e difendersi. Ciò è vero, finchè concepiamo la famiglia primitiva sulla foggia della moderna come un ordinamento domestico; ma d'altra parte, finchè ci teniamo su questo terreno, è forse anche più innaturale che lo Stato abbia costituito una simile disciplina domestica ed eserciti la sua forza a mantenerla.

Per vero lo storico antico presenta l'ordinamento della famiglia e della patria potestà come opera del primo re di Roma, ma non crediamo che a questo mistico racconto voglia dar corpo il Meyer. A differenza dello storico, il giurista romano non si inganna; per Ulpiano la patria potestà è un *ius moribus constitutum*, il che porta a stabilire che è un istituto precivico. Data la natura e la finalità vera della famiglia primitiva, il fenomeno su cui fa le meraviglie il Meyer è altrettanto naturale quanto la soggezione ben più assoluta e supina in cui ciascun suddito si trova di fronte al sovrano di uno Stato dispotico.

Ciò che illude è pur sempre la fisonomia diversa con cui questi organismi primitivi ci si presentano in epoca posteriore; i termini hanno assunto un significato nuovo, e tutto lo spirito è nuovo, sicchè i poteri stessi non servono d'ordinario alle funzioni primitive. Ed è soltanto l'analisi della struttura, principalmente l'aggregazione e l'esclusione dei membri del gruppo, che può fornire argomento della sua vera natura, e far risalire alle finalità primitive di quei poteri che, come emanazioni dell'autorità domestica, sono in tempi storici profondamente aberranti.

Ma l'analisi giuridica è l'elemento più intimo e delicato d'indagine, e non abbastanza familiare agli studiosi, ai quali spesso pare *antistorico* quello che è il risultato più costante di osservazioni storiche ben dirette: il mutamento delle funzioni degli istituti giuridici, economici, sociali nel corso de' secoli. Agevole è invece dalle esteriori apparenze, dal sentimento attuale essere indotti ad una rappresentazione che non corrisponde affatto all'essenza primitiva. Soltanto

l'osservazione de' selvaggi attuali potrebbe forse correggere questa rappresentazione: ma la documentazione filologica e storica, non aiutata dall'analisi giuridica, non può che mantenere l'errore, perchè in epoca storica anche presso gli antichi la famiglia serve alle odierne finalità, e in ordine alle tradizioni primitive la stessa fantasia de' popoli antichi soffre di quel vizio, cui non si rendono estranei nemmeno dotti ed acuti scrittori; cioè di subire l'influenza de' nomi e delle cose presenti e proiettare le stesse immagini nel passato.

8. Il concetto della struttura politica della gente e della famiglia, nel senso di organismo politico sovrano o Stato embrionale, non già in quello di organo politico-amministrativo o suddivisione artificiale dello Stato, è propriamente quello che io recavo di nuovo nello studio dell'organizzazione sociale primitiva. Questo concetto, che mi sembra, come sopra ho dichiarato, offrire anche un filo per orientarsi dal punto di vista storico, è divenuto in Italia di dominio comune, per quanto nelle relazioni generiche se ne confonda il vero germe e quindi il vero significato. Si cita infatti il nome del Maine che la struttura politica della famiglia non vide mai, arrovellandosi con le finzioni, con la designazione patriarcale e con le più complicate descrizioni per distinguere la composizione della famiglia antica dall'organismo odierno che ne serba il nome, e si fa il nome anche di un eminente filosofo italiano, che al suo primo apparire nel 1888 dichiarò assurda l'idea. Non che per lo innanzi non si scorgesse (era quasi impossibile non scorgerlo) che nelle funzioni della famiglia e della gente vi erano elementi in seguito riassunti dallo Stato, che il capo del gruppo esercitava sui suoi membri una specie di giurisdizione e la vendetta di fronte alle offese esterne sostituiva la sanzione penale dello Stato; ma si diceva, e in gran parte si dice ancora, con un'applicazione viziosa di alcuni concetti della sociologia spenceriana, che la differenziazione

tra gli elementi pubblici e privati non è ancora operata nella società primitiva, che la famiglia usurpa le funzioni dello Stato, che la gente è quasi uno Stato o qualche cosa d'intermedio tra la famiglia e lo Stato.

Nessuno ha espresso tale concetto con maggior vivezza e con tutta quella possibile chiarezza, che quest'equivoco e insostenibile compromesso tollera, di quello che abbia fatto il Jhering (1) a proposito della gente: « La gente è l'identità della famiglia e dello Stato, una famiglia con carattere politico, un consorzio politico con carattere familiare. Deriva dalla famiglia e ne conserva l'intimità, ma, divenendo istituzione politica, l'aspetto politico reagisce sul suo carattere familiare, come questo su quello: i due aspetti si incrociano e si confondono in guisa che è difficile esattamente separarli ». È certo che in questo bozzetto del Jhering gli elementi politici della vita e della funzionalità della gente sono sentiti e riassunti vivamente: ma è certo altresì che in questa breve descrizione gli equivoci si accumulano. Il Jhering sembra stabilire un'opposizione di natura tra la gente e la famiglia e attribuire lo spirito politico della *gens* a una posteriore alterazione di essa entro la sfera della *civitas* e per opera della *civitas*. Nel nostro concetto la famiglia e la gente non erano quasi uno Stato o *un qualche cosa di intermedio* tra la famiglia e lo Stato: erano precisamente uno Stato.

Gli elementi politici che appaiono via via più vivaci risalendo in antico non derivano dall'azione dello Stato, dal venire assunti questi organismi come organi o istituzioni di Stato, bensì dall'origine primitiva; chè anzi l'azione della *civitas* ha alterato l'essenza primitiva della gente e della famiglia, oscurando il vero carattere delle loro funzioni e forse provocando per la prima volta la netta scissione tra genti e famiglie. *In breve lo Stato non ha creato, ma invece esaurito via via il carattere politico della gente.*

---

(1) *Geist des Röm. Rechts*, I, § 14, pag. 184.

Le relazioni intime tra gente e famiglia e i caratteri comuni non contraddicono al concetto politico della gente, perchè anche la famiglia (se pure la famiglia primitiva, cioè la famiglia nel senso antico, può esser distinta dalla gente), era un organismo politico. Ne' miei varî studi (1) io ho inteso dimostrare che tutte le istituzioni del diritto privato romano, non soltanto la patria potestà, ma la proprietà, le servitù, le obbligazioni e la successione, serbano le traccie del primitivo loro carattere, di forme politiche, cioè di ordinamenti destinati in prima linea a funzioni extrapatrimoniali e di ordine. Ma sovrattutto la mia dimostrazione era basata sull'analisi della composizione della famiglia, del vincolo effettivo che legava i membri tra di loro e ciascuno al capo. Tuttavia io evitavo di proferire per questa organizzazione primitiva il nome di Stato, sia perchè una differenza d'ordine secondario io stabiliva tra questa organizzazione primitiva e lo Stato odierno, sia perchè è mio costume di evitar di urtare nelle forme il pubblico dei lettori con novità troppo accentuate e con apparenze di paradosso. Ciò non mi ha giovato nemmeno in questo caso.

« La famiglia non è una πόλις, mi si obbiettava, lo Stato non allatta i figliuoli »: nè mi giovava rispondere alla mia volta che nemmeno lo Stato odierno è una πόλις, che a questa stregua si dovrebbe evitare di parlare oggi di corpi politici e diritti politici (2), che viceversa le più intime funzioni domestiche si compiono nell'interno del gruppo, sotto l'egida di esso, nel rapporto tra veri padri e veri figli, tra mariti e mogli, come si compiono oggidì sotto l'egida dello

---

(1) V. specialmente *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato* in *Rivista di sociologia*, VI, 1902, p. 1-16, e *Revue générale de droit*, 1902.

(2) Con un ragionamento siffatto ben più che metà del dizionario dovrebbe esser cancellata. Perchè avviene delle parole quello che avviene delle istituzioni: il senso muta e l'uso attuale diviene la guida più fallace per la derivazione primitiva del vocabolo. Questo sanno benissimo i glottologi e perciò la glottologia è una scienza; non lo vogliono ancor sapere invece i giuristi e meno gli storici.

Stato, ma non appartengono ai còmpiti della più vasta e vera *familia* e del suo capo. La maggiore o minore estensione e la complicazione organica dei gruppi, io osservava, non deve trarre in abbaglio. « Tra le complessità dell'organismo statuale e la semplicità della famiglia romana c'è un abisso » (1): ma, soggiungeva, il richiamo della famiglia antica e dello Stato odierno sotto una stessa categoria potrà sembrare assurdo « soltanto a coloro che guardano all'esteriorità ed alla forma, non all'intima e vera natura de' fenomeni e delle cose ». Eduardo Meyer, che ora senza ambagi, senza mezzi termini chiama uno Stato l'orda primitiva, è ben più audace di me.

9. Se cogli anni il concetto politico della famiglia è tuttavia penetrato ed ha raccolto in Italia adesioni quasi unanimi, la forma irregolare di questa penetrazione non è stata tuttavia senza danno. Ciò è palese nel modo col quale il concetto si è presentato a due recenti scrittori e oppositori, e il modo col quale da essi è confutato.

I due scrittori, alleati in questa opposizione, sono uno storico dell'antichità, Gaetano De Sanctis (2), e un romanista, Vincenzo Arangio Ruiz in uno scritto speciale, nel quale si ricollega al De Sanctis (3).

Il primo scrittore ha solo una confusa idea della mia dottrina e ignora i miei scritti; il secondo ignora solo alcuni studi e quindi alcuni aspetti della dottrina, e in parte ne confonde anch'egli l'individualità.

Entrambi confutano la teoria patriarcale e la dottrina del Maine, entrambi si fondano sul Meyer, mentre io sono certamente più d'accordo col Meyer che col Maine dal punto di vista storico, e quanto al punto di vista giuridico, nel quale i due tipici rappresentanti di opposte dottrine sto-

---

(1) *Res mancipi*, pag. 334, nota.
(2) Cfr. *Per la scienza dell'antichità*, 1909, p. 414-417.
(3) *Le genti e la città* (V. in ispecie pag. 58 e segg.), Messina 1914.

riche concordano, io divergo da entrambi. Per quel che concerne la natura della confutazione, il De Sanctis nella sua forma rude è chiaro e netto: l'Arangio Ruiz, il quale adopera forme cortesi, ma rimescola i concetti e fa concessioni contraddittorie in alcuni passaggi poco meditati, lo è molto meno. Nondimeno è alla confutazione di quest'ultimo che noi dobbiamo dedicare le pagine che seguono. Il De Sanctis, infatti, ignorando i miei scritti, combatte in sostanza la teoria patriarcale in generale, credendo di combattere me. La sua critica pertanto non mi tocca: rispondere ad essa non avrebbe che un valore polemico ed io dalle vere polemiche senza scopo scientifico mi sono sempre tenuto lontano. D'altra parte che i suoi argomenti generali (falsità della teoria patriarcale, origine dell'umanità dall'orda, ecc.) non mi tocchino io l'ho già mostrato, più che dimostrato, innanzi ed è anche per questo che io ho voluto esser largamente autocitativo: per quel che riguarda i brevi accenni circa le funzioni, ch'egli ritiene apolitiche, della famiglia romana (la struttura della famiglia il De Sanctis non la considera e anche circa il giudizio delle funzioni incorre negli inevitabili equivoci), non è il caso di prendere di mira il ragionamento di un filologo a preferenza del giurista.

L'Arangio Ruiz invece è precisamente giurista e romanista, e se non ha presenti i miei scritti speciali, a ogni modo conosce la mia tesi per lo meno dagli scritti generali: i suoi abbagli sulla vera natura di essa e sulle sue vere basi sono gravi, ma alcuni aspetti sono direttamente presi di mira.

Le considerazioni che facciamo seguire non costituiscono semplicemente una critica. Pur non ripetendo la dimostrazione, noi cercheremo di mettere in luce alcuni dati inavvertiti del concetto e dissipare gli equivoci nelle materie storiche inevitabili, in quanto gli errori del ragionamento si complicano con la difficoltà di comprendere e collocare i fenomeni nel tempo. Perciò io non seguirò l'ordine in cui gli argomenti sono messi innanzi dall'Arangio, ma l'ordine dei concetti.

10. Dalle citazioni larghe dei miei precedenti scritti risulta che io non sono punto un seguace della teoria patriarcale, che non reputo che la famiglia sia stata il primo nucleo sociale; a parte pure il significato diverso che ad essa attribuisco. L'esclamazione di V. Arangio Ruiz: « Da Dicearco a Pietro Bonfante » è pertanto una svista oratoria.

Quanto alla mia tesi circa la natura politica, il punto fondamentale della mia dimostrazione è l'identità di struttura dello Stato, della gente e della famiglia. A questo riguardo così si esprime l'Arangio: « Nemmeno so vedere quella « identità di struttura » che, secondo il Bonfante (*Ist.*, 5, pag. 138 in nota), sussiste tra lo Stato e la famiglia. Perchè il principio della monarchia assoluta, quale si vedrebbe attuato nella famiglia antica, è la negazione dello Stato cittadino, che si riassume nel popolo legiferante: il diritto pubblico classico non ha mai conosciuto persone *alieni iuris*. Mi sia lecito ripetere le parole di un maestro della cultura greca, il Wilamowitz (*St. u. Ges. der Griechen*, 54): « Selbst wo der nächste Erbanwärter einzutreten pflegt, entscheidet darüber der Staat, und überall gibt es eine Instanz, die den König zur Rechenschaft ziehen und absetzen kann... Was berechtigt also zu der Annahme, dass der König früher einmal Herr des Staats gewesen wäre wie Zeus in Himmel, d. h. wie der einzelne Herr in seiner Familie? Schon das Königtum nicht Monarchie zu sein braucht sollte stutzig machen... Aber wo steckt ein souveränes Königtum? *Nur für das Haus gilt die Monarchie* ». Gli studi più recenti sulla monarchia romana affermano lo stesso punto di vista (cfr. per tutti Binder, *Die Plebs*, 533 e segg.; v. Mayr, *Röm. Rg.*, I, 1, 72). La formula che la famiglia romana sia un organismo politico sembra dunque più adatta a confonderne che a riassumerne la nozione ». (1).

La struttura di un organismo è rappresentata essenzialmente dalla sua composizione, cioè dagli elementi che lo

(1) Arangio Ruiz, l. c., pag. 60.

costituiscono e dalle relazioni che tra di essi intercedono, prescindendo dalle finalità che l'organismo e i singoli elementi adempiono. Ora il modo con cui si entra nella famiglia romana e si esce da essa, le relazioni tra i membri, le relazioni tra i membri e il capo sono precisamente, come ho inteso dimostrare, i modi con cui si entra nello Stato e si esce dallo Stato, sono le relazioni che intercedono tra i cittadini reciprocamente, tra sovrani e sudditi. Si parlava innanzi ai miei studi del vincolo di parentela di sangue che lega i membri della famiglia e della gente: si era costretti però a dichiarare che questo vincolo si calcolava solamente dal lato paterno, che la parentela era meramente agnatizia, che sovente essa era inoltre fittizia, che, infine, de' congiunti veri potevano essere esclusi dalla famiglia: si era costretti a tener quel lungo discorso che fa il Maine, per descrivere la composizione della famiglia antica, ora più larga, ora più ristretta della famiglia moderna. In realtà il vincolo è quello stesso che lega i cittadini di uno Stato: la soggezione ad una comune autorità. La nascita nel gruppo, come nello Stato, non è che il primo titolo per essere chiamati a questa comunanza e riconosciuti sudditi, il *ius sanguinis;* ma l'assoggettamento di altri individui o di altri gruppi alla stessa autorità ha pienamente gli effetti del *ius sanguinis*, come la concessione della cittadinanza o l'annessione. Viceversa la esclusione da questo gruppo rende ad esso totalmente estranei anche coloro che vi appartenevano per diritto di sangue, come si rendono totalmente estranei allo Stato i nazionali che perdono la cittadinanza e prendono quella di un altro Stato. La spiegazione è semplice e mentre getta luce sulle finalità cui questa struttura è in origine destinata, elimina uno degli equivoci più frequenti nella nostra materia. Si suol parlare invero di parentela paterna o patriarcale, termine che in parte, ma solo in parte (perchè non vi si comprende l'ammissione di stranieri nè l'esclusione di membri nati nel gruppo), riassume le persone che vengono a far parte del gruppo. Ma per noi è indifferente il parlare di

vincolo paterno o materno, patriarcato o matriarcato; ciò che importa è che la famiglia antica è *esclusiva nel vincolo* precisamente come lo Stato, che essa non ammette una *duplicità* di relazioni sociali. Oggi ciascuno di noi appartiene in sostanza a due famiglie, a due ordini di parentela: i suoi diritti e doveri sono identici, sia dal lato paterno, sia dal lato materno. Ma ciascuno di noi appartiene a un solo Stato, perchè le finalità di ordine e di difesa a cui serve principalmente l'organizzazione politica non permettono che alcuno sia suddito di più Stati, ed è questo un carattere peculiare, unico e caratteristico della società politica, che la differenzia da qualunque altra società, sia naturale, sia volontaria, che la differenzia dagli stessi organi politici dello Stato, i quali pure di regola non sanciscono incompatibilità. La doppia famiglia cui ciascuno appartiene è un regime naturale, la doppia cittadinanza non può esser tollerabile in modo assoluto, finchè l'utopia della pace perpetua non sia realizzata e lo Stato non muti i suoi còmpiti, poichè le funzioni complementari dello Stato possono all'infinito crescere ed alterarsi, ma uno è il suo còmpito essenziale ed immanente, la difesa e l'ordine interno, almeno per quanto occorre alla difesa (1).

---

(1) In una forma relativa, cioè tra due Stati o in una cerchia limitata di Stati, il regime della doppia cittadinanza potrebbe esser concepibile, in dipendenza appunto della esclusione giuridica o della supposta esclusione pratica di un conflitto armato in quella cerchia di popoli: per esempio tra gli Stati europei e le Repubbliche del Nuovo Mondo. Nell'antichità noi abbiamo il ricordo di un simile regime tra le comunità greche (*Pro Archia*, 3, 5; *Pro L. Cornelio Balbo*, 11, 28; 12, 30); ciò era molto probabilmente l'effetto di trattati speciali. Il *ius migrandi* tra le città confederate del Lazio stabiliva un regime corrispondente alle facilitazioni per l'acquisto o il riacquisto della cittadinanza in base al *ius loci*, che le legislazioni odierne tendono a ristabilire, precisamente nei riguardi dei connazionali non congiunti politicamente o che abbiano perduto la cittadinanza. Ma il diritto romano ha mantenuto fermo in tutto il suo rigore, di fronte alle stesse città federate, il principio *Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest.* Soltanto la *festa pax romana* dell'êra imperiale portò delle alternazioni al principio e nei soli rapporti colle città libere, federate nella forma, ma in sostanza unificate.

Di fronte ai nuovi fini della famiglia questa struttura è veramente aberrante più che non i poteri del *paterfamilias*, e per vero tutta l'evoluzione giuridica posteriore, specialmente per opera del Pretore, consiste nel tener conto del vincolo di sangue integralmente, esautorando gli effetti dell'aggregazione o dell'esclusione e considerando alla pari congiunti paterni o materni, nel distruggere insomma la base politica dell'antica composizione familiare (1).

Posta questa identità assoluta nella composizione della famiglia e dello Stato, io sarei indotto a non comprendere che cosa significhi nel pensiero dell'Arangio Ruiz la struttura di un organismo, se il seguito delle sue parole e più il passo da lui citato non m'illuminassero su ciò che egli intende dire. Queste parole giustificano il mio turbamento e rendono chiaro che io non potevo comprendere quella dichiarazione generale, in quanto essa era lacunosa. L'Arangio doveva dire, secondo il suo pensiero, non già « tra lo Stato e la famiglia », bensì « tra lo Stato libero *classico* e la famiglia ». Egli ricorda che lo Stato cittadino implica il popolo legiferante, che la monarchia vige solo per la casa (queste parole del maestro della coltura greca sono in corsivo nel discorso stesso dell'Arangio), egli si richiama agli studi più recenti sulla regalità romana che non sarebbe vera monarchia. Ora io ammiro nell'Arangio la passione riboccante per la larghezza di coltura; ma la debolezza di farne pompa e di mostrarsi inoltre sempre *du dernier bateau* gli fa velo talvolta al senso critico e gli toglie agio di meditare. Nè il Binder nella sua discussione, nè il Mayr, nè il Wilamowitz sostengono cosa sostanzialmente diversa

(1) Come indizio del modo col quale i nomi e i concetti tradizionali conducono a « falsare l'aspetto dei fenomeni » io recavo appunto l'opera del pretore nel campo della famiglia: « Il diritto pretorio ha compiuto il più grande sfacelo nella costituzione della famiglia » e nondimeno si usa dire che esso ha favorito potentemente gli interessi della famiglia. Ma di quale famiglia? » (*Res mancipi e nec mancipi*, 1888-89, pag. 317, nota).

da quello che io stesso ritenni e ritengo (e non io solo) circa la regalità romana: il vero è che noi possiamo dirne con certezza ben poco in base a notizie dirette, e quel poco mostra soltanto che essa era un potere unitario, più energico e men soggetto a vincoli che non il consolato, che i due simboli della sovranità, il *ius vitae et necis* e la rappresentanza di fronte all'estero, come di fronte alla divinità, sono un appannaggio esclusivo del re, poichè la provocazione molto probabilmente è un istituto repubblicano e il re solo, stringendo un trattato, obbliga lo Stato, senza intervento del popolo, come solo il *pater* rappresenta ed obbliga la *familia*. Ma sia qualunque si voglia la costituzione della preistorica regalità romana, che io stesso nella mia *Storia* già dichiarava di non voler chiamare una monarchia, come ora il Mayr, il Binder e il Wilamowitz, nulla ci obbliga a ritenere che gli organismi ad essa sottostanti avessero in tutto e per tutto e in ogni tempo l'identico ordinamento giuridico.

Il fenomeno di una costituzione diversa de' gruppi politici inferiori e superiori è non solo comune, ma quasi costante, e, data la varia distribuzione dei poteri politici, è naturale che così sia; se la giustizia penale è una competenza de' gruppi inferiori, il sovrano de' gruppi superiori o non avrà o avrà solo in via eccezionale il diritto di vita e di morte.

In alcuni casi essa è profondamente diversa, tanto che gruppi superiori e inferiori possono appartenere nell'ordine delle classificazioni costituzionali ai tipi più antitetici. Il Granducato di Mecklemburgo è uno Stato assoluto in un impero costituzionale, e l'autorità del sovrano nel sacro romano Impero, una delle forme più fiacche di presidenza repubblicana, era un'ombra di fronte alle monarchie dispotiche de' suoi fedeli vassalli, i Margravî di Brandeburgo e i duchi di Baviera. L'obbiezione dell'Arangio è tanto più illogica, in quanto essa nasce non già da una minore, ma da una *maggiore* energia di poteri del capo familiare, e contro il carattere politico della famiglia si obbietta l'ordinamento

monarchico di essa! Il *ius gladii* è il simbolo della potestà politica, e un potere così aberrante in un organismo domestico, o economico, come ritiene l'Arangio, dovrebbe, nonostante la sua ferocia, far sorridere, se il lungo abito e la prevenzione mentale non attutissero il nostro spirito critico e non ci impedissero di scorgere le contraddizioni che la storia accumula nel mondo sociale e giuridico. La forza superiore della potestà del *paterfamilias* rispetto alla potestà del console soggetto a provocazione è certo suggestiva, ma in senso precisamente opposto: Marco Fulvio Nobiliore, notavo io stesso (1), potè legittimamente *supplicio adficere* il figliuol suo che avviavasi a raggiungere l'esercito di Catilina, ma l'esecuzione de' congiurati ordinata senza cerimonie dal console Cicerone fu un delitto di cui questi pagò il fio.

« Il diritto pubblico romano non ha mai conosciuto persone *alieni iuris* », esclama l'Arangio. È questa una dichiarazione che ha sua ragione d'essere non nel significato della frase, che non esprime se non persone soggette a potestà, in una parola *sudditi*, ma nel valore assoluto che noi ricongiungiamo a questa potestà, nella repulsione che un popolo libero, specialmente nel confronto con uno Stato dispotico o pel ricordo di un precedente servaggio, sente per tutte le espressioni troppo energiche dell'autorità sovrana. In un ambiente politico ogni cittadino, anche di una libera repubblica, è suddito del potere sovrano, come i *liberi* della famiglia sono soggetti al *ius et potestas in capite libero* del *paterfamilias*.

Messe le cose nei loro veri termini, quella dichiarazione dell'Arangio a me fa l'effetto della fiera esclamazione de' membri più fanatici del tribunato francese contro la parola *sudditi* inserita nel trattato tra il Primo Console francese e la Russia. « La Repubblica non conosce sudditi (inveiva come un ossesso uno di quei fieri repubblicani), questa

(1) *Storia del diritto romano*, 2ª ediz., pag. 213.

parola dovrebbe essere seppellita sotto le macerie della Bastiglia » (1).

E di nuovo a questo punto io debbo mettere in guardia contro alcuni equivoci.

Dire che la famiglia primitiva è un organismo politico significa attribuire ad essa le finalità ed i caratteri essenziali dello Stato, significa riconoscere in essa quella composizione che è propria dello Stato ed inerente ai suoi fini, in quanto è ordinata ad impedire che si possa appartenere a due gruppi, incompatibilità che non si ritrova se non nella società politica e che da sola basterebbe a dimostrare il carattere politico della famiglia antica. Ma non significa punto che tutta la complessa organizzazione dello Stato, che si è sviluppata ne' secoli, debba ritrovare il suo parallelo nella famiglia; che si debba, ad esempio, ritrovare, sia pure in embrione, un'assemblea legiferante, un Consiglio di Stato, una divisione di poteri, un ordinamento giudiziario una polizia. Una penosa ricerca di simil genere non potrebbe condurre che a risultati grotteschi e fallaci, come quei paralleli assurdi tra gli organi umani e gli organi della società, che hanno screditato con danno della scienza l'analogia fondamentale delle leggi biologiche e sociologiche. Io pertanto mi sono sempre guardato dal riaccostare il *consilium domesticum* e il Senato romano. Ciò che è contingente, sia che appartenga a Stati più evoluti, sia che appartenga a una data categoria di Stati, non ha nessun valore per il concetto.

---

(1) Per vero i moderni pubblicisti sogliono talvolta distinguere tra il rapporto di sudditanza (Stati medioevali, monarchie assolute) e il rapporto di cittadinanza (Stati moderni, costituzioni libere); ma questa distinzione e questa terminologia della dottrina non debbono confondere i cervelli e indurre nel pensiero che i cittadini, anche delle più libere repubbliche, non sieno sudditi del potere sovrano: essi sono precisamente cittadini, in quanto sono sudditi e partecipi a un tempo del potere sovrano, creatori e schiavi delle proprie leggi.

Comunque, anche se si vuole stabilire una netta separazione tra Stati assoluti e Stati liberi, nulla v'ha di strano, ripeto, che le varie cerchie di uno Stato composto abbiano diversa costituzione.

E debbo anche un'altra cosa avvertire. Io veggo talvolta (me ne accorgo specialmente in ordine alla teoria dell'eredità), che i termini « sovranità, sudditi, giurisdizione, ecc. », eccitano una certa repulsione, in quanto dànno l'impressione di una solennità e vastità non confacente ad organismi così minuscoli. Ora io non adopero quelle parole per la loro solennità: potrei anche usare i termini « potestà, soggetti, disciplina domestica » e simili, che, d'altra parte, nel linguaggio classico significano lo stesso, e si adoperano promiscuamente per la famiglia e per lo Stato. Ma io preferisco di non rinunciarvi, perchè quei termini esprimono in modo non equivoco, anzi tecnico nel linguaggio odierno, relazioni statuali. E sarà anche vero che simili organismi si dovrebbero dire « quasi sovrani » (1) perchè sottoposti al sovrano di un gruppo superiore; ma una simile precisione non è buona al nostro oggetto, in quanto si tratta di fissare la natura politica autonoma di questi gruppi, non le categorie in cui andrebbero catalogati secondo le classificazioni del diritto costituzionale o internazionale. « Saranno organismi politici come il Granducato di Oldenburgo, o lo Stato dell'Illinois, o il Governo kediviale sotto la vecchia Turchia; ma quando si disputa sui momenti veramente essenziali, quando è in questione il punto centrale se i gruppi primitivi siano o non siano organismi politici, non giova alla chiarezza perdersi per vie secondarie, e discutere se siano dispotici o liberali, sovrani o semisovrani. Ciò che importa è che non si abbiano dinanzi nè organismi domestici, nè organismi economici, nè organi politico-amministrativi dello Stato.

11. Dalla struttura passiamo alla finalità della famiglia, sempre per illustrare quelli che possono apparire i lati deboli del concetto politico. E anche a questo proposito io mi stimo avventurato di poter esprimere i presunti lati

(1) Arangio Ruiz, l. c., pag. 2.

deboli col linguaggio di chi ha dedicato la sua scienza storico-giuridica a scardinare la teoria della costituzione politica della famiglia.

« Qualunque sia l'efficienza che questo gruppo dimostra, essa resta sempre chiusa nel campo dei *rapporti di potestà personale e di proprietà.* E questi rapporti non possono esser fondamento a supporre in un'epoca anteriore rapporti di natura diversa. *Il ponte di passaggio* lo si suole costruire con la dichiarazione che la famiglia romana è un organismo politico: una dichiarazione *vaga e poco compromettente*, che può in un certo senso sembrare l'espressione sommaria di quel che fu la famiglia romana a noi nota, e che con un *opportuno spostamento di significato* può trasportarsi a indicare quello che la famiglia avrebbe dovuto essere in origine. Ora io non ho nulla in contrario a che questa frase di rito: « la famiglia romana è un organismo politico » si continui a usare *da chi ne ha voglia:* ma vorrei che si determinasse chiaramente *che cosa con queste parole si vuole esprimere.* Se si vuol chiamare politico ogni gruppo di persone che si propone non un fine determinato, ma tutti i fini della vita nel loro complesso; oppure ogni gruppo autarchico; oppure ogni gruppo di persone la cui coesione è ritenuta essenziale alla società si potrà dire gruppo politico anche la famiglia, e non solo la romana, ma anche la nostra. Ma se alla parola *politico* si vuol dare il suo significato etimologico, che è dallo Stato, non si potrà dire politico il gruppo familiare; è notorio che nel campo del diritto pubblico i Romani conoscono solo l'individuo e non la famiglia, che il *filiusfamilias*, incapace per diritto privato, è capace per diritto pubblico. Nessun argomento potrebbe esser più significativo contro la dottrina che fa della città una federazione di famiglie: in una città di famiglie solo i *patres* dovrebbero aver voto ne' comizi ed essere eleggibili alle cariche pubbliche, e potrebbe invece tra i sudditi de' singoli gruppi familiari vigere lo *ius commercii;* così a Roma come in Grecia accade precisamente il contrario. E dunque del-

l'unico constatato fenomeno storico, che cioè il *paterfamilias* sia il solo soggetto riconosciuto dal diritto privato, l'ipotesi gentilizia non può dare la spiegazione » (1).

Ora come i termini parentela agnatizia, paterna, patriarcale, ecc. col loro carattere puramente descrittivo ed incoloro nulla ci dicono circa la struttura della famiglia, così il termine « rapporti di potestà personale » è ugualmente sfuggevole ed insignificante per esprimere le finalità della famiglia ed i poteri del *paterfamilias*. Esaminando addentro di qual natura sono questi rapporti di potestà personale si scorge che essi comprendono tutte le manifestazioni essenziali del potere politico con una particolarità caratteristica inerente agli organismi politici dell'êra classica. Un potere personale che giunga sino al *ius vitae et necis*, che non si arresta con l'età maggiore, ma è perpetuo, è giurisdizione politica, non disciplina domestica; il culto della famiglia non è la devota osservanza di una religione popolare entro l'ambiente familiare, ma, come negli Stati dell'êra classica, è un culto proprio, perpetuo, del gruppo stesso: la *noxae deditio* (elemento sul quale richiamò la mia attenzione Vittorio Scialoja) è il sistema comune degli Stati Italici ne' rapporti internazionali. Anche l'assenza di rappresentanza, che dà tanto rovello, è una caratteristica dello Stato: esso può bensì delegare a un suo agente (i così detti rappresentanti in senso improprio) la facoltà di entrare in trattative per lui, ma nessun trattato è valido e obbligatorio se non è intervenuta la sanzione del potere veramente sovrano. Quanto ai « rapporti di proprietà » io ho lungamente e ripetutamente mostrato come la proprietà romana, esaminata sul fondo, via via che si risale in antico, appaia ordinata come una vera sovranità territoriale, e conserva anche in epoca storica le tracce di una struttura per i fini economici anch'essa aberrante.

---

(1) Arangio Ruiz, l. c., pag. 15-16.

Ciò posto, la concezione politica della famiglia non è un *ponte di passaggio* tra l'epoca antica e la nuova (pensiero torbido ed espressione poco adeguata), ma è semplicemente il riassunto degli elementi storicamente attestati della struttura della famiglia e de' poteri inerenti al *paterfamilias:* che se tuttavia in epoca storica io stesso non oserei più dire che la famiglia è un organismo politico, ciò deriva sia dallo sconvolgimento operato nella sua composizione per opera del diritto pretorio, rimanendo tuttavia nelle forme intatto a testimonio del passato l'antico *ius civile*, sia dall'inerzia (è a credere che in epoca storica il *ius vitae et necis* fosse di applicazione assolutamente straordinaria e forse più che altro una forma pietosa di suicidio imposto per sottrarre dalle sanzioni sociali e statuali il colpevole) o dal travolgimento ad altro fine degli antichi poteri sovrani del *paterfamilias*. Secondo il buon metodo nelle indagini storico-giuridiche è lo strato più arcaico e più incompatibile coi nuovi tempi quello che rivela il carattere primitivo dell'istituzione.

L'appellativo di organismo politico nulla ha poi di vago o di ambiguo. Per lo meno nella mia teoria che l'Arangio ha di mira esso è chiaro ed univoco, e in quel senso che a esso è proprio io l'ho adoperato in tutti i miei scritti, nel senso di organismo politico sovrano, nel senso di Stato; ho dichiarato sempre che non adopero il termine Stato per riservare questa parola più magnifica a quella fase storica in cui l'attività politica si concentra in un solo organismo, lo Stato unitario in una parola, poichè gli Stati federali (lo stesso Eduardo Meyer intuisce rettamente questo fenomeno d'accordo pure con me) non ci rappresentano che una ripresa dell'evoluzione e una fase di transizione. E dato il senso punto ambiguo dell'espressione, la quale è resa, se occorre, più chiara e univoca dalle applicazioni e dall'analisi degli elementi che comprovano la natura politica della famiglia e il carattere sovrano del *pater*, essa è veramente compromettente, e non può usarsi senza confusione da

chi rigetta la mia teoria. Che le frasi organismo compatto, gruppo patriarcale, gruppo sociale (alla quale, la più insignificante tra tutte, il mio spirito si era acconciato nel primo anno del mio corso di storia del diritto romano all'università di Camerino) siano espressioni *vaghe e poco compromettenti*, io ne convengo. Ma l'applicazione di questi epiteti alla concezione politica è veramente un'infelice *boutade*, prodotta forse dall'esser quei due epiteti accoppiati nell'uso e facili a sdrucciolare dalla penna come un luogo comune.

12. Un'obbiezione degna di nota contro il carattere politico della famiglia è quella esposta nella seconda parte del ragionamento dell'Arangio, e ribadita da lui più sotto nella lunga nota apposta alla sua prolusione (1). « Non è vero che lo Stato sia in relazione soltanto con gruppi subordinati, non cogli individui: *filiifamilias* e *paterfamilias* sono subbietti eguali di fronte al diritto pubblico: del delitto pubblico lo Stato chiama a rispondere il singolo, non il gruppo ».

Che lo Stato, nella sfera concernente la sua costituzione e i suoi poteri, nella sfera del *ius publicum*, in una parola, abbia considerato *paterfamilias* e *filiifamilias* su piede eguale, l'ho io stesso rilevato numerose volte, sicchè una contraddizione con le mie dichiarazioni non v'è: rimane a vedere se vi è una contraddizione coi miei concetti. E questo è per ogni verso escluso. Anzitutto dal lato storico osserviamo che questa eguaglianza del *paterfamilias* di fronte al *ius publicum* è un momento storico nuovo, in parte per dati sicuri, in parte per induzione molto probabile: per dati sicuri in quel che concerne il delitto pubblico, che è un istituto nuovo e invadente, il quale dovrà finire con esaurire di fatto la giurisdizione familiare, renderla inerte togliendole il suo campo di applicazione; per induzione

(1) *Le genti e la città*, pag. 59. L'Arangio si dichiara d'accordo col De Sanctis e cita la *Scienza dell'antichità*, pag. 317 (deve leggersi pag. 417).

molto probabile in quel che concerne l'ammissione dei *filiifamilias* al Senato e alle cariche pubbliche. La congettura non è nuova: indizi molteplici l'avvalorano, e il diritto comparato (potrò citare il diritto giapponese?) l'appoggia.

Ma lasciando pure la storia, dal lato concettuale, che è quello che importa, nulla rileva che l'organismo politico superiore nella sfera de' suoi poteri sia in relazione diretta con l'individuo e non coi gruppi politici subordinati, anzi è questo precisamente il carattere degli Stati federali di fronte alle federazioni di Stati; qualunque cittadino dei singoli Stati nell'Impero germanico e nell'Unione americana è elettore ed eleggibile al Reichstag e al Parlamento federale, e giudicabile per alcuni delitti innanzi al tribunale federale. Ciò che rileva è che nella sfera autonoma della famiglia la città non ha nessuna ingerenza.

Un nuovo equivoco di termini avvalora l'illusione, che il De Sanctis e l'Arangio hanno trasformato in obbiezione, ed è l'antitesi tra pubblico e privato (1). Perchè i poteri esercitati dal *paterfamilias* nell'interno della *familia* non sono poteri pubblici, pare ch'essi non si possano dire funzioni politiche. In realtà l'antitesi tra pubblico e privato, se per noi moderni ha valore di opposizione essenziale, nello Stato romano e specialmente nello Stato romano preistorico non ha che il valore di un'antitesi tra i rapporti

---

(1) Evidentissimo è l'equivoco in De Sanctis, *Per la Scienza dell'antichità*, pag. 413-414: « Tutti i diritti e doveri politici il cittadino li esercita all'infuori della famiglia..... Le pretese funzioni politiche all'infuori affatto de' diritti e de' doveri che lo Stato ha verso i cittadini e i cittadini verso lo Stato sono in realtà per ciò appunto funzioni apolitiche ». Pura *petitio principii*. Il *ius vitae et necis* e la *noxae deditio* non sarebbero funzioni politiche per ciò stesso che sono diritti del *paterfamilias*. Il vero è che sono funzioni pubbliche nella *civitas*, sono funzioni private nella *familia*, ma la loro essenza e la loro finalità è sempre una, e quando la famiglia diventerà veramente un organismo domestico, mutando anche la sua struttura, esse dovranno scomparire. Nè le funzioni politiche della *familia* sono una delega della *civitas:* esse appartengono alla preesistente e indipendente costituzione del gruppo.

assunti dal *populus* e i rapporti che restano entro la famiglia. Certo in ultima analisi il crescere della *civitas*, la sua progressiva invasione entro la *familia*, la spontanea desuetudine di ogni elemento dell'*horrida antiquitas* nella disciplina domestica hanno finito con esaurire totalmente il carattere politico della famiglia e conferire a quell'antitesi puramente storica il valore di un'essenza diversa di rapporti, che essa conserva al giorno d'oggi. Ma questo processo non si è compiuto interamente se non con lo sparire della romanità. Una volta per sempre dunque: i termini pubblico e privato non possono equivalere ai termini politico e apolitico.

L'ipotesi gentilizia per se stessa non fornisce la spiegazione del fenomeno storico che il *paterfamilias* sia il solo soggetto del diritto privato: la fornisce integrata dalla mia tesi circa il carattere politico della famiglia antica o piuttosto è questa sola tesi che fornisce la chiesta spiegazione, indipendentemente dall'essere o non essere la gente l'organismo politico superiore prima dell'avvento della *civitas*, il che è forse vero o non vero, secondo il punto di vista, perchè io credo bensì che la confederazione latina sia precedente a Roma, e ho sempre ritenuto (mi sembra da qualche frase che in questa parte l'Arangio sia più d'accordo con me che coi suoi nuovi maestri) che anche i celebri trattati col Lazio non siano veri trattati della lega come corpo con Roma, ma riammissioni di Roma entro la lega; ma quella federazione, come l'orda, ha scarsa coesione e rappresenta un organismo più di diritto internazionale che costituzionale.

13. Un'altra obbiezione contro la concezione politica si vuol desumere dalla discontinuità regolare del gruppo familiare nella sua unità. Riportiamo anche qui le parole dell'Arangio Ruiz: « Alla concezione della famiglia come gruppo politico si oppone del resto nel modo più assoluto il noto principio, che alla morte del *pater* la famiglia si

scinde in altrettanti aggruppamenti, quanti sono gli orfani immediati (*sui heredes*) del defunto. Dell'esistenza di un diverso principio in epoca antica le fonti romane e greche non conservano la minima traccia; ed è questa la più grave ragione che rende inaccettabile l'ipotesi del Bonfante, per cui il testamento romano sarebbe stato in origine designazione del successore nella sovranità sul gruppo familiare» (1).

Certo alla morte del *paterfamilias* i singoli *filiifamilias* immediati si separano e le famiglie si moltiplicano: *singuli singulas familias habent.* Io non nego che il fenomeno sia alquanto anomalo e rilevo che è uno dei pregi della mia teoria sull'origine dell'eredità e del testamento romano il togliere di mezzo questa anomalia. Ma nè io mi propongo di difendere ora nuovamente questa teoria, nè di nuovo è mio intento di puntellare la tesi giuridica con ipotesi storiche: osservo solo che contro l'ipotesi di un ordinamento antico e sovrano della successione non si può addurre che non ve ne abbiano documenti diretti nelle fonti. Se ve ne fossero, l'ipotesi non sarebbe tale; ma se vi ha argomento in cui la critica esegetica, che ha restituito l'unità concettuale della successione e quindi stabilito il suo parallelismo netto con la *successio* del diritto pubblico, e il metodo naturalistico, cioè l'analisi della struttura organica degli istituti, convergono con forza irresistibile a uno stesso risultato, gli è appunto quello delle origini dell'eredità romana dalla successione sovrana.

Queste considerazioni storiche sono, ad ogni modo, ripeto, estranee. Il vero è che la scissione della famiglia, per anomala che sia, non è un carattere che deponga contro la natura politica del gruppo. Quasi regolarmente i regni germanici dell'Europa centrale nell'alto Medio Evo si scindono alla morte di ciascun sovrano e si dividono tra i figli immediati del defunto monarca: i nomi vaganti di Austria e di Neustria, di cui l'Austria moderna non è che

(1) V. Arangio Ruiz, l. c., pag. 17.

una singolare sopravvivenza, debbono la loro origine a questo fenomeno, il quale riprese di intensità e assunse un carattere non più pacifico nella crisi dell' Impero carolingio. Si deve per questo negare che gli Stati barbarici fossero Stati? Gli organismi primitivi nel mondo sociologico come in quello biologico, io osservava contro questa obbiezione, che non è nuova, hanno scarsa coesione e facilmente si moltiplicano per scissione, ma la forza di coesione nulla ha a che vedere con l'intima natura di un organismo.

14. Dobbiamo a questo punto dedicare alcune parole alla tesi che l'Arangio Ruiz avanza in sostituzione della concezione politica, cioè al concetto che la famiglia romana fosse un organismo economico (1).

Veramente io non comprendo il valore di questo concetto. E non perchè io neghi l'importanza eminente del momento economico nella famiglia antica. Niun dubbio che tra le funzioni complementari che costituiscono, come io già notavo, la materia più indefinibile dello Stato, la funzione economica è la più saliente (2), tale anzi che nell'ideale di alcuni e forse qua e là nella realtà storica di qualche Stato, come l'antico Perù, potrebbe assurgere a funzione essen-

---

(1) Arangio Ruiz, l. c., pag. 17 e più nettamente pag. 60.

(2) L'autarchia della famiglia io l'aveva espressamente rilevata come un elemento della sua fisonomia politica in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, I, 1888, pag. 232 e in *Istituz. di dir. rom.*, 3ª ediz., III, § 53, pag. 149, n. 2. Riporto le parole delle Istituzioni, perchè nelle successive edizioni di questo *Manuale* (IV e V) il desiderio di brevità, che spesso mi assilla, m'indusse a cancellare questo accenno alla posizione sociale ed economica della famiglia: « Come la morale dell'antica famiglia è quella istessa della società e dello Stato (essa non perdona, ma punisce; non ama i deboli, ma li espone), così l'economia di questo minuscolo gruppo è basata sullo stesso principio. La famiglia deve tutto produrre al suo interno e vendere, non importare: *patremfamilia vendacem, non emacem esse oportet.* Del resto nel concetto stesso del sommo filosofo antico la ricchezza della famiglia si suol apprezzare nelle sue varie fonti di produzione (la οἰκονομία), non nell'accumulo di metalli preziosi, cioè precisamente alla stregua stessa che la ricchezza delle nazioni ».

ziale, e persino annichilire quella funzione di difesa, che è la sola ragione per cui negli Stati non neutralizzati di fatto o di diritto il voto al sesso femminile rimane ancora un'utopia. Ma le cose non volgono diversamente nella famiglia antica, ossia la funzione economica assume precisamente nella *familia* la posizione istessa che ha nella *civitas*. L'ideale della famiglia che basta a se stessa è l'ideale della nazione che basta a se stessa nel concetto mercantilista dello Stato. Nella storia economica si distinguono le tre fasi dell'economia familiare, dell'economia cittadina, dell'economia nazionale, ed è evidente la corrispondenza colle tre fasi dell'agglomerazione politica: comunque gravi sieno le divergenze sui momenti storici reali di ciascuna. Ma il vero nodo della questione è che la funzione economica da sola non spiega nè il sorgere della famiglia, nè alcuni elementi della sua funzionalità, il suo spirito, il suo culto, elementi che noi ritroviamo unicamente negli organismi politici. Nè ad una simile spiegazione si è punto accinto l'Arangio. Ma sovrattutto non spiega la sua struttura: che ragione ha un organismo economico di essere esclusivo e fino all'estremo autoritativo? L'esclusività è un indice specifico dell'organizzazione politica e il carattere autoritativo non può raggiungere certi estremi se non là dove è in gioco la salvezza di tutti (1).

15. Credo di avere abbastanza chiarito la mia posizione dal punto di vista storico e ribadito la mia tesi giuridica. La società primitiva, o ricostruita con la storia antichissima dei popoli che tutto intorno al nostro Mediterraneo e nei paesi limitrofi di Asia e di Europa si propagarono e si dilaniarono per secoli e secoli e continuano oggi a dilaniarsi in più vaste agglomerazioni o desunta

(1) L'equivoco dell'Arangio Ruiz è, come si scorge, analogo a quello degli autori che ripongono l'essenza della famiglia antica nel culto (Fustel De Coulanges, Hearn, Nobushige Hozumi), che non è se non un elemento di qualunque organismo politico dell'evo antico; elemento grave, ma sempre subordinato alle finalità veramente statuali.

dall'osservazione dei popoli barbari o selvaggi dell'Africa, dell'America e della Polinesia, offre una serie molteplice e digradante di gruppi sociali, la cui composizione e le cui finalità sono dominate, e non potrebbe essere altrimenti, dal principio politico, cioè dal principio dell'agglomerazione sociale per iscopi di ordine e di difesa, e per tutti gli altri indefiniti scopi dello Stato. Secondo le varie vicende storiche e il prevalere delle forze centripete o centrifughe, avviene che lo Stato, cioè quell'organismo unitario al quale io riservo il nome di Stato, si costituisca sui gruppi maggiori o minori, avviene che si sfasci o si converta in organismo federale ciò che è al di sopra, si esaurisca o si converta in organo politico-amministrativo ciò che è al di sotto. L'autorità regale vinse in Francia, vassalli e Comuni vinsero in Italia e in Germania e divennero signorie, repubbliche e regni. Due vassalli del sacro romano Impero, l'elettore di Brandeburgo ed il duca di Savoia, vennero alla testa di due grandi Stati d'Europa, riunendo la maggior parte delle terre del sacro romano Impero. Dal punto di vista giuridico il piccolo ed il grande non hanno importanza per la natura degli organismi. Ciò che ha importanza è il principio della coesione. Come l'umanità mosse i suoi primi passi, se i principî sieno stati in tutta la terra uniformi, sono problemi cui forse è ardito dare una risposta sicura. Dei barbari e selvaggi dell'antico Mediterraneo noi non abbiamo che vaghe notizie e tradizioni che mal ci affidano, e in breve ora noi non avremo che tradizioni e notizie non molto più sicure dei barbari e selvaggi nelle regioni definitivamente divise dall'avidità coloniale dei popoli europei a datare dal 1885. Ma in qualunque modo sia nata l'umanità in generale o le varie società umane, o con l'orda, o con quel minuscolo organismo al quale una terminologia equivoca serba ancora nella scienza il nome di famiglia, essa è nata sempre con le forme e le finalità di un'aggregazione politica.

III.

Il " ius vendendi „ del " paterfamilias „ e la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino (1).

Lo studio della patria potestà nella sua involuzione storica ha subìto l'effetto di due preconcetti: in primo luogo il preconcetto de' mutamenti lenti e graduali (idea storico-filosofica che converrà abbandonare per sostituire ad essa i momenti di crisi), onde si riportava al diritto classico in larga parte la ruina dell'epoca romano-ellenica; in secondo luogo la seduzione del mutamento regolare, eguale anche nelle singole emanazioni di questo potere.

Abbiamo superato il primo preconcetto: pur cedendo nel costume, fino alla crisi del mondo romano l'antico istituto rimane saldo sulle sue basi antiche nel diritto (2). È il secondo preconcetto che dobbiamo vincere.

Un elemento della patria potestà, il *ius vendendi* del *paterfamilias*, si può dire scalzato nelle sue basi sin dall'epoca preistorica dello Stato romano, e abolito di fatto nell'epoca storica. Entro i confini della cittadinanza romana e della lega latina l'antico Stato ha creato la condizione speciale della *causa mancipii*, e questa condizione ha via

(1) [Dagli *Studî in onore di C. Fadda*, 1906, I, 113 con nota finale].

(2) Anche il Mommsen nell'ultima sua opera (*Röm. Strafrecht*, pag. 618, nota 4) ritiene interpolate le due leggi di Paolo (11, D., 28, 2) e di Ulpiano (2, D., 48, 8), le quali così come sono nel *Corpus iuris* farebbero il *ius vitae et necis* abolito già nel diritto classico, il che non è. Più evidente è l'interpolazione in L. 3, C. *De p. p.*, 8, 46 (47) (ispirata allo stesso concetto della L. 2, D., 48, 8, di sostituire all'esercizio autonomo della *patria potestas* il ricorso al magistrato) delle parole *artiore remedio usurus*.

via sollevato e difeso in guisa da escluderne non solo il lato patrimoniale, il *dominium* accanto alla *potestas*, ma da mitigare la stessa potestà; mentre dall'altra parte, con l'ampliarsi della cittadinanza e del vincolo federale, la vendita *ultra Tiberim* era una memoria preistorica e la vendita all'estero in generale un istituto teorico: vendere come schiavo un figlio non era adunque nel diritto classico altrimenti possibile senza rendersi colpevole precisamente di un delitto di plagio (1).

Così in questo aspetto, che è forse il più ripugnante del primitivo sistema familiare de' popoli, il diritto romano ha di buon'ora oltrepassato tutti i diritti antichi; poichè mentre la vendita, la vera vendita della moglie e de' figli era in vigore non solo presso le popolazioni barbare o semi-civili della Germania e della Gallia, ma presso i popoli culti dell'Ellade, il diritto romano sin dal momento in cui appare nella storia non la riconosce.

A buon diritto Costantino (2) più tardi potrà esclamare: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa* (3), *eripere libertatem non liceret.*

Ciò è, del resto, in armonia col principio generale che il cittadino romano non può vendere se stesso, come pure usava invece presso i peregrini.

Per simil motivo, benchè il diritto di esporre duri nella sua pienezza, l'esposto non diventa schiavo, ma può in qualunque momento reclamare la sua libertà, nonchè lo stato di ingenuità, senza esser nemmeno tenuto a pagare il prezzo

---

(1) Paul., 5, 1, 1 (nel principio forse interpolata); L. 5, D. *quae res*, 20, 1 (in parte Paul., 5, 1, 1); L. 37, *eodem*.

(2) L. 10, C. *de p. p.*, 8, 46 (47); L. 6, pr. Cod. Th. *de lib. causa*, 4, 8 (a. 323).

(3) Nel testo genuino (Cod. Th.): « ...ius vitae in liberos necisque *potestas permissa est* » (invece di *olim permissa erat*). È l'ultimo momento nel quale il *ius vitae et necis* pare dichiarato istituzione viva. Cfr. le mie *Istituzioni*, § 52 (5ª ediz., pag. 154, n. 3).

degli alimenti, come può essere senz'altro rivendicato dal padre (1).

Ma se ne' riguardi de' figli soggetti a patria potestà, come in genere ne' riguardi dei deboli, il nuovo spirito elleno-cristiano si mostrò così tenero della mitezza, men geloso appare della dignità. La fierezza romana aveva due lati, un senso inesorabile dell'autorità, ma, in pari tempo, un concetto elevato dell'intangibilità de' diritti dell'uomo e del cittadino. Quando Costantino proferiva quel motto romanamente giustissimo: « I nostri maggiori, pur concedendo tanto ai padri, non hanno permesso loro di strappare la libertà ai figliuoli », già le influenze provinciali avevano fatto breccia nel principio.

È nelle costituzioni di Costantino e di Teodosio (i due grandi dell'êra cristiana) e di Valentiniano III, che per la prima volta appar riconosciuta la vendita de' neonati, *con effettivo passaggio in proprietà del compratore, cioè riduzione in istato di schiavitù;* Costantino determina che il fanciullo venduto non possa altrimenti in avvenire esser rivendicato in libertà, se non restituendo il prezzo o compensando con un altro schiavo; e se Teodosio il Grande coi suoi colleghi parve tornare al diritto antico, prescrivendo che il compratore dovesse star pago ai servigi prestati, Valentiniano III rincrudì la disposizione di Costantino con l'aggiunta che il venditore dovesse ricevere per il riscatto $^1/_5$ oltre il prezzo pagato (2).

Vi ha di più. Se in ordine alla esposizione Costantino ha sancito che il padre non potesse più rivendicare il figlio abbandonato da lui alla pubblica pietà, è questo un beneficio assai dubbio, perchè l'imperatore vuole che colui che ha raccolto il neonato abbia facoltà di tenerlo presso di sè

---

(1) Cfr. Plin., *Ep.*, 10, 65 (2), 66 (72); L. 16, Cod., 5, 4. Cfr. Quint., *Decl.*, 278 (279).

(2) *Fr. Vat.*, 26 (assai lacunoso e d'imperatore incerto); *Fr. Vat.*, 34, dell'anno 313 (hoc *a nobis* iam olim praescriptum est) di Costantino; L. 1, Cod. Th., 5, 10 (8) di Costantino (a. 329; vedi in seguito nel testo); L. 1, Cod. Th., 3, 3 (a. 391); novella Valentiniani, 33 (a. 451).

nello stato che gli aggrada, sia in condizione di figlio, sia in condizione di schiavo (1).

Ma vi è un punto degno di rilievo, il quale alla sua volta ha contribuito non poco ad oscurare questa fase di degradazione attraversata, sotto l'influenza provinciale e la pressione de' cupi tempi, ed è che la legislazione del bene intenzionato ed or troppo calunniato Giustiniano mostra un progresso ed anche sotto questo aspetto il suo regno è uno spiraglio di luce nella cadente stagione dell'evo antico.

Già nel *Corpus iuris* sono inserite le costituzioni di Caracalla e Diocleziano che dichiarano la vendita del figlio un atto illecito e disonesto, anzi un *crimen*, nonchè la costituzione di Diocleziano che ne contiene il preciso divieto: e fanno anche all'uopo tutti i testi classici in cui la libertà è dichiarata inalienabile ed imprescrittibile. Ma la stessa costituzione di Costantino che permette di vendere i neonati è inserita con molteplici importanti modificazioni, che giova porre innanzi in quanto la cosa passa inosservata, anzi si suol persino attribuire a Costantino le interpolazioni di Giustiniano.

Ecco le due costituzioni a riscontro:

L. 1, Cod. Th. *de his qui sanguinolentos emptos vel nutriendos acceperint*, 5, 10 (8).

Secundum statuta priorum principum (2) si quis a sanguine infantem quoquo modo legitime comparaverit vel nutriendum putaverit, obtinendi eius servitii habeat potestatem: ita ut, si quis post seriem annorum ad libertatem eum repetat vel servum defendat, eius-

L. 2, Cod. Just. *de patr.*, 4, 43:

Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut

(1) L. 1, Cod. Th., 5, 9 (7); cfr. anche *vel nutriendum putaverit* in L. 1, Cod. Th., 5, 10 (8). Nè io credo che il diritto di vendere i neonati sia stato introdotto per render sicura l'applicazione del divieto di infanticidio sancito dal diritto cristiano, come ritengono il Mommsen, *Strafrecht*, pag. 612, e il Ferrini, *Diritto penale*, pag. 381, tanto più che al tempo di Costantino non era ancora vietato il *necare* gli infanti.

(2) Epoca costantiniana: cfr. *Fr. Vat.*, 34 (Const. et Lic., a. 313).

dem modi alium praestet aut pretium, quod potest valere, exolvat. Qui enim pretium competens instrumento confecto dederit, ita debet firmiter possidere ut et distrahendi pro suo debito causam liberam habeat: pœnae subiciendis his, qui contra hanc legem venire temptaverint. *Dat. XV kal. Septemb. Serdicae Costantino A. VIII et Constantino Caes. IIII, conss.* (a. 329).

pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet. *D. XV k. Sept. Serdicae Constantino A. VIII et Constantio C. IIII conss.* (a. 329).

Analizziamo le differenze:

1° Anzitutto nel testo della costituzione inserita nel Codice giustinianeo e nella rubrica del titolo è soppresso l'inciso *vel nutriendum putaverit*, il che indica che la disposizione intanto si vuol riferire unicamente ai neonati venduti, non anche ai neonati esposti e raccolti.

2° È giustinianea la restrizione *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa*, e l'insistenza *venditione in hoc tantummodo casu valente.*

3° È stabilita bensì pel riscatto la restituzione del prezzo o la prestazione di uno schiavo secondo il tenore della costituzione genuina, ma è soppresso l'inciso *post seriem annorum*, il che vuol dire che non occorre, come parrebbe dalla legge di Costantino, che il figlio abbia scontato co' servigi gli alimenti.

4° La costituzione teodosiana parla di *repetere ad libertatem*, la costituzione giustinianea di *repetere ad ingenuitatem.*

5° Tutto il contesto e la chiusa finale mostrano che Costantino vuol garentire il compratore: Giustiniano all'opposto intende restringer l'efficacia della vendita.

6° Il *repetere ad ingenuitatem* nel testo giustinianeo è fatto lecito non solamente al padre, ma a qualunque terzo (*liceat... cuilibet alii*) e allo stesso figlio (*ipsi... qui alienatus est*). Ciò significa che trattasi non di un diritto di riscatto attribuito al padre od al padrone (poichè la costituzione di Costantino è anche concepita genericamente e non riferita soltanto ai figli), bensì di una causa liberale.

Quest'ultima parte costituisce il punto più importante della riforma giustinianea. L'imperatore non ha voluto, come era stato riconosciuto da' suoi predecessori, che i neonati venduti ed i neonati esposti divenissero schiavi *ad libitum* del compratore e dell'allevatore; perciò anzitutto, mentre egli ha modificato questa costituzione del Codice teodosiano e non ha inserito l'altra precedente dello stesso Costantino che costituisce il frammento Vaticano 34, relative entrambe ai neonati venduti, non ha d'altra parte nemmeno inserita la costituzione di Costantino relativa agli esposti, e della costituzione di Onorio (1), incorporata con la legge 2 Cod. 8, 51 (52) di Valentiniano, Valente e Graziano, del 374 fu soppressa l'ultima parte relativa ai testimonî e alla sottoscrizione episcopale (o solo a quest'ultima, secondo la varia lettura de' Codici), già stabilita per garanzia del compratore.

Ma egli ha pure legiferato in proposito. Nella L. 24 Cod. *de ep. aud.* 1, 4, e nella L. 9 Cod. *de inf. exp.*, 8, 51 (52) del 529 Giustiniano fa divieto assoluto di tenere gli esposti in condizione di schiavi o coloni o *adscripticii* o *liberti*, anzi egli ha stabilito in queste costituzioni e ribadito nella novella 153 dell'anno 541 che anche gli schiavi neonati così esposti non siano tenuti in condizione servile; cosicchè il fatto della esposizione li rende liberi, nella stessa guisa che ciò era ordinato dalla legge (così la novella) per gli schiavi infermi. Eccesso incoerente, non nuovo in questo fervido legislatore (un curioso parallelo è la *noxae deditio* dei *servi*, che applica in parte i principî classici della *noxae deditio* dei *filiifamilias*), ma che mostra pur sempre un calore ed uno spirito, che non era quello che aveva dettato le costituzioni dei *divi principes*, segnanti un così grave regresso per questa parte sul diritto classico di Roma (2).

---

(1) L. 2, Cod. Th., 5, 9 (7) (a. 412). Cfr. anche *Const. Sirm.*, 5 (a. 419).

(2) [Un mio valente discepolo, il prof. Rotondi, in un recente scritto (*La derelictio servi nel diritto giustinianeo ultimo*, in *Rend. Ist. Lomb.*, 1915), pone in luce, col sussidio delle fonti bizantine, che Giustiniano

[Nota (1915). — Sul tema stesso di questo scritto un'interessante memoria fu pubblicata dal Costa, alcuni anni dopo (Emilio Costa, *La vendita e l'esposizione della prole, nella legislazione di Costantino*, « Accad. delle scienze dell'Istituto di Bologna », serie 1ª, vol. IV, pag. 117-123, 1910).

Secondo il Costa, l'interruzione che la costituzione di Costantino rappresenta « tra i principî dominanti nel diritto classico e quelli che tornarono a dominare nel diritto giustinianeo circa gli effetti della vendita della prole compiuta dal padre si ricollega alla carestia onde fu travagliata l'Italia negli anni 311-312, e la costituzione di Costantino sarebbe da intendere, come ben vide il Gotofredo, come rivolta a preservare l'esistenza de' neonati che solevano essere in una misura impressionante venduti o esposti in quegli orribili tempi, e a incoraggiare la compera e l'allevamento di questi, espediente socialmente meritevole di favore, garantendo i diritti del compratore e dell'allevatore di fronte al padrone e al padre rivendicante ».

Il motivo occasionale della costituzione di Costantino del 329 e della similare costituzione di Valentiniano III del 451, ribadito dal Costa, è esatto e la dimostrazione dello scrittore riuscita. Ma ciò non toglie che la configurazione del diritto del compratore e del *nutritor* abbiano subìto influenze totalmente aliene dalla tradizione romana.

Probabilmente non occorre dar soverchio peso alla modificazione giustinianea del *repetere ad libertatem* in *repetere ad ingenuitatem*, visto che anche alcune delle costituzioni relative all'êra critica dell'Impero (Valent., Theod. et Arc. L. 1, Cod. Th., 3, 3 (anno 391); Nov. Val., III, 33 (anno 451), usano frasi analoghe alla giustinianea: *ingenuitati pristinae reformentur*, *cui non ingenuo mori satius est*, ecc.). Ma la *mancipii causa* nella legislazione costantiniana è certamente

---

ha inteso colla Nov. 22, c. 12 (a. 535) di sancire che la *derelictio* del servo renda senz'altro sempre libero lo schiavo, ossia abolito, in omaggio al nuovo spirito, l'istituto classico e logico del *servus sine domino*].

esclusa e le riforme sostanziali a favore del ritorno nello stato libero stabilite da Giustiniano sono evidenti. Degno di rilievo è anzi come (e ciò ben vide pure lo stesso Gotofredo), pur concedendo che l'imperatore Costantino abbia preso occasione al suo provvedimento dalle gravi condizioni economiche dell'Impero, tuttavia la *famis necessitas* che avrebbe indotto il padre all'orribile vendita non è punto menzionata, nè posta come condizione del diritto del compratore: la vendita è in qualunque modo inconcussa.

Non sarei poi d'accordo col Costa nel ritenere la diversa configurazione nell'epoca costantinianea del diritto del *nutritor* e del diritto del compratore, cioè il primo più largo, il secondo più ristretto: la costituzione genuina di Costantino, a differenza della costituzione interpolata del Codice giustinianeo, è relativa ad entrambi, e interpretata nel suo complesso non mi pare che essa dia agio a ritenere che il *ius distrahendi pro suo debito* possa rappresentare una limitazione del *ius distrahendi* in generale, nè che debba riferirsi unicamente al compratore.

Dubito infine che nella costituzione dell'anno 315 (*Fr. Vat.*, 33) Costantino fosse ancora sul terreno dell'antico diritto: quella costituzione non è relativa ai neonati e il terreno del diritto antico, quanto ai neonati, Costantino l'aveva già abbandonato nel 313 (*Fr. Vat.*, 34).

Giova notare altresì (su di che non mi pronuncio) che il Costa non ritiene nella L. 2, Cod. *de inf. ex.*, 2, 51 (52) contaminate insieme due costituzioni, una di Valentiniano, Valente e Graziano del 374 (l'iscrizione e il principio), l'altra di Onorio e Teodosio del 412 (il § 1°), ma è d'avviso che la legge posteriore di Teodosio sia stata ricalcata alla lettera sulla precedente di Valentiniano, Valente e Graziano, che noi possediamo nel Codice teodosiano].

IV.

La divisione dei frutti dotali allo scioglimento del matrimonio nel diritto romano e nel diritto civile (1).

SOMMARIO: 1. Importanza e origine della controversia. — 2. Principî legislativi e stato generale della questione. Nostra opinione: la massa da dividere è quella de' frutti *percetti* nell'ultimo anno. — 3. Rappresentazione schematica delle varie opinioni. — 4. I due criteri per costituire la massa: la *percezione* e la *produzione*. — 5. Resultati iniqui, inconseguenze logiche dell'opinione dominante, assurda complicazione di calcoli che essa richiede. — 6. Esame delle fonti circa il momento che esse riguardano per determinare la massa de' frutti da dividere. Dottrina civilistica francese e italiana sulla base de' rispettivi codici. — 7. Interpretazione della L. 7, § 1, D. *sol. matr.*, 24, 3. — 8. Divergenze accessorie del diritto moderno dal diritto romano circa la divisione de' frutti dotali e giudizio su di esse.

1. La divisione de' frutti dotali, sciolto il matrimonio, è tema classico di controversie tra i romanisti. Lo studio più recente al proposito è quello del Petrazycki (2), accompagnato da un'esposizione e una disamina larga delle varie dottrine.

La questione, di per sè circoscritta e particolare, assume una importanza più vasta, perchè ne dipende il rapporto

(1) [Dalla *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XX, 1896, pag. 338 e segg., con emendazioni e osservazioni].

(2) *Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten*, I. Theil, Berlin 1892. — Una recensione ampia e favorevole a questo scritto pubblicò HELLMANN nella *Kritische Vierteljahresschrift*, 1894, pag. 75-76. Una critica diffusa coll'intento di riaffermar la propria opinione, che al Petrazycki era sfuggita, ne fece il LOTMAR ne' *Jahrbücher für die Dogm. des Rechts*, 1894, pag. 225-298; ma non mi pare nè indovinata nè esatta. Vi rispose il PETRAZYCKI ne' *Jahrbücher*, 1894, pag. 448-449.

La rassegna delle vecchie dottrine è più completa e larga in GLÜCK, *Pandektencommentar*, lib. 24, tit. 3°, *sol. matr.*, § 1276, *d*- 1276 *k*.

della dote cogli *onera matrimonii*, sì nella evoluzione storica e nel diritto classico sì nel diritto giustinianeo, e quindi il concetto stesso della dote.

Base della controversia è la famosa L. 7, § 1, D. *soluto matrimonio*, 24, 3, nella quale Ulpiano riferisce una decisione di Papiniano estratta dalle *Quaestiones*. Io credo peraltro che la preoccupazione esegetica abbia traviato la discussione dommatica.

Di ciò mi fa persuaso la circostanza che gli scrittori di diritto francese e italiano, cui la questione esegetica non tocca, s'incontrano in tutt'altra opinione dalla dominante, quando si facciano a sviluppare e applicare il principio, nè regna fra di loro alcuna controversia in proposito: e tale opinione è appunto quella ch'io difendo e sono convinto esser la sola per tutti i lati possibile.

Giova pertanto, a mio avviso, trattar la questione dapprima prescindendo dal discorso di Papiniano. Vedremo poi se con quel testo si possa conciliare il risultato.

2. Il principio generale è che i frutti dell'ultimo anno dotale (1) appartengono al marito *in proporzione della durata del matrimonio in quell'anno* e il residuo naturalmente alla moglie (2).

---

(1) Veramente nel diritto romano si dovrebbe dire: l'ultimo periodo fruttifero della dote. L'*anno* dotale non è che esempio tipico, ricalcato sull'anno fruttifero normale, che esige il ciclo delle varie stagioni: invero sebbene il periodo dotale (che incomincia costituita e trasmessa effettivamente la dote) possa non coincidere quanto all'inizio col periodo fruttifero, esso si misura quanto alla durata su questa normale durata del periodo fruttifero naturale, la quale ha influito anche sul periodo fruttifero civile. Ma poichè, sia pure in via eccezionale, almeno quanto ai prodotti principali, il periodo in cui ritornano gli stessi frutti può essere alle volte più breve o più lungo dell'anno, anche il periodo dotale ne subisce la ripercussione. Cfr. L. 7, §§ 6-8, D. *sol. matr.*, 24, 3.

(2) Cfr. Pomponius: L. 11, D. *sol matr.*, 24, 3: « *pro portione anni* quo divortium factum est ». Papinianus o Ulpianus: L. 7, § 2, D. *sol. matr.*, 24, 3: « *Pro modo temporis* omnium mensum quo dotale praedium

Lo stesso dispone il nostro Codice civile all'art. 1416: « Sciogliendosi il matrimonio, i frutti della dote, consistente tanto in immobili, quanto in danaro o nel diritto di usufrutto, si dividono tra il coniuge superstite e gli eredi del premorto, *in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno* ».

Soltanto, pel nostro Codice l'anno non è, come nel diritto romano, l'anno dotale, bensì l'anno coniugale, come si rileva dal capoverso: « L'anno si computa dal giorno corrispondente a quello del matrimonio ».

La disposizione è quella stessa del Codice francese (articolo 1571), colla differenza che questo limita la divisione de' frutti agli immobili dotali.

Sul tenore della divisione adunque non vi può esser dubbio: dovendo essa riuscir proporzionale alla durata, la somma totale dei frutti dell'ultimo anno si divide per la frazione dell'anno che rappresenta la durata del matrimonio in esso e si avrà la quota del marito: la donna potrà ripetere o serbare il residuo.

L'opinione di Duareno, la sola che si ribelli un po' nascosamente a questo semplice calcolo, è per ciò stesso errata.

La questione è adunque tutta non sul modo di dividere, ma sul modo di costituire la massa de' frutti dell'ultimo anno. Una sola ipotesi è risoluta in modo concorde: ed è quando l'anno dotale incominci a paro coll'anno fruttifero: ipotesi eccezionale per se stessa, fatta più rara dalla circostanza che il fondo familiare non è di solito a coltura unica, quindi se l'anno dotale coinciderà coll'anno fruttifero in una data specie di frutti, ciò non potrà accadere per tutte l'altre specie. A ogni modo solo in questa ipotesi eccezio-

---

fuit ». Tryphoninus: L. 78, § 2, D. *de i. d.*, 23, 3: « *Pro rata temporis eius anni* dividantur fructus ». Pauli, *Sent.*, II, 22, 1: « Fructus... lucro mariti cedunt, etiam *pro rata eius anni quo factum est divortium* ». L. un., § 9 *c.*, Cod. *de rei ux. act.*, 5, 13: « *Pro rata temporis portione* utrique parti debere adsignari..... ad lucrum mariti pertineant ». E per la donna: Iulianus: L. 31, § 4, D. *sol. matr.*, 24, 3.

nale e rarissima tutti son d'accordo che la raccolta che si percepisce nell'anno è l'unica raccolta che si debba dividere.

Ma di regola, supponendo pure il fondo a coltura unica, l'anno dotale non coinciderà coll'anno fruttifero: uno, due, sei mesi dopo la tradizione del fondo si farà la raccolta, la quale chiuderà il periodo fruttifero e ne comincierà un nuovo: e così negli anni successivi, così nell'ultimo. Ora — e ciò puramente e semplicemente per l'influenza del testo di Papiniano — l'opinione generale dei romanisti, che pur discordano tanto tra di loro ne' particolari, è la seguente: che la somma de' frutti dell'ultimo anno non sia solo costituita dalla raccolta annale che s'è fatta (o dalle raccolte, quando il fondo produca più specie di frutti), ma *vi si debba aggiungere più o meno di quella che incomincia a maturare nel secondo periodo dell'anno dotale, ma si raccoglierà solo allorchè l'anno dotale sarà interamente trascorso, da due, da tre, da sette mesi.* Varia soltanto il modo e la ragione della mescolanza de' due raccolti secondo le proprie idee o l'ispirazione diversa che gli scrittori traggono dal testo di Papiniano: e ciò costituisce l'immensa discordanza delle teorie.

Non v'ebbe che un solo scrittore, il Francke, il quale sostenesse che il raccolto dell'ultimo anno dotale, quello solo che s'ha a dividere, è quello che nell'anno istesso effettivamente si raccoglie, in qualunque momento ciò avvenga. Ma tale dottrina *nel campo romanistico* non fu accettata che dallo Czyhlarz e dal Windscheid.

Ora io vo' dimostrare che sì dal punto di vista dommatico come da quello pratico non vi può essere altra scelta che questa dottrina, laddove qualunque delle teorie in cui si scinde l'opinione dominante sconvolge tutti i principî e repugna al buon senso e all'equità. Ed anche esegeticamente occorre dimostrare che la nostra teoria non pugna, come sembra, col testo di Papiniano.

3. A render meglio presente lo stato della questione giova riassumere in una specie di rappresentazione sche-

matica e intuitiva le principali dottrine, sia per risparmiare una lunghissima e tediosissima esposizione, sia perchè se ne scorgano a colpo d'occhio le divergenze e i difetti tanto generali quanto speciali a ciascuna.

Scegliamo a tal uopo un unico esempio concreto: non quello del testo di Papiniano, perchè sebbene tutte le opinioni vi s'inspirino per istabilire il domma della confusione de' due raccolti, tuttavia, se non tutti, la maggior parte degli autori, anche quelli che assumono il testo alla lettera — e sono, oltre a Zasio, Cuiacio e Bacovio, anche Hasse, Francke, Puchta, Brinz, Huschke, Rudorff, Bechmann, Dernburg — vanno d'accordo nell'intendere il frammento come una decisione singolare per aver durato il matrimonio meno d'un anno, mentre si è già percepito sin da principio un raccolto annale per intero. E perciò prescindiamo anche da coloro che non s'occupano se non puramente e semplicemente della specie di Papiniano, senza che si rilevi come s'abbia a calcolare, se la specie è diversa: tali Alciato, Merenda, Baro, Fabro, Caronda.

Posto ciò, facciamo il seguente caso che, tranne la durata del matrimonio, è quel che più s'avvicina alla specie del testo. Il matrimonio si è conchiuso e costituito il fondo in dote (unifichiamo i due termini per far lo stesso ragionamento nel diritto romano e nel diritto civile) il 1° ottobre 1892; si scioglie il 31 gennaio 1894. Esso ha durato adunque solo un anno e quattro mesi: in tutto 16 mesi, cioè precisamente un anno e un terzo. Conforme alle regole, il marito sui frutti dell'ultimo anno dovrebbe ricevere $^1/_3$, la moglie $^2/_3$. Poniamo anche unicamente per semplicità che il fondo sia tenuto esclusivamente a vigna. La prima vendemmia, che rappresenta tutto il raccolto dell'anno, si è fatta nel primo mese delle nozze, ottobre del 1892, la seconda si è fatta durante il matrimonio sul principio del secondo anno nell'ottobre del 1893; fuori del matrimonio, e al di là pure dell'anno dello scioglimento si fa una terza vendemmia, e precisamente nel mese successivo all'ultimo anno, poichè

l'ultimo anno scade precisamente col 31 settembre 1894. Dobbiamo considerare queste tre vendemmie, perchè nella maggior parte delle opinioni (non della nostra) tutte e tre sono contemplate. Noi le chiameremo rispettivamente *a*, *b*, *c*, cioè, specificando, *a* la vendemmia dell'ottobre 1892, *b* quella dell'ottobre 1893, *c* la vendemmia dell'ottobre 1894. Per chiarezza designeremo i raccolti completi dell'anno con 12 *a*, 12 *b*, 12 *c*, tenendo conto de' mesi interi, di guisa che le frazioni dell'anno $^3/_{12}$ di *a*, $^4/_{12}$ di *b*, possono essere indicate semplicemente con 3 *a*, 4 *b*, ecc.

Ora in tutto il periodo che dura il matrimonio, quali frutti lucra complessivamente il marito, sia per il primo anno, sia per i 4 mesi del secondo e ultimo anno?

Ecco i risultati delle varie opinioni:

Zasio, Cuiacio (1), Huschke, Wiedemann:

$$12\,a + \frac{12\,b + 3\,c}{3}.$$

Martucio (2), i due Cocceii, Giovanni Roberto (3), Grozio, Scheurl, Keller, Brandis (4):

$$12\,a + \frac{9\,b + 3\,c}{3}.$$

Il Grozio (5) corregge addirittura *vindemiae fructus* in *vindemiae fructuum dodrans*. Il Mommsen nella sua edizione

---

(1) Cuiacio sostiene con grande vivacità e spirito polemico la sua opinione citando l'autorità di matematici insigni, specialmente ne' seguenti passi: *Ad Pauli Sentent. Recept.*, lib. II, tit. XXII (in *Opp.*, Venetiis 1752, I, 354). *In libros V. feud.*, tit. XXX (in *Opp.*, II, 1153); *Observation.*, lib. XIV, cap. XXII (in *Opp.*, III, 377); *Commentar. in lib. X Quaestion. Papiniani* ad Papin. L. 7, D. h. t. (*Opp.*, IV, pag. 260). Per le controversie di Cuiacio con Iohannes Robertus, vedi sotto questo autore.

(2) *Variar. explan. iuris*, lib. II, cap. LXXI, n. 17, pag. 249.

(3) L'opinione di Giovanni Roberto è nota dalla vivace polemica sostenuta contro di lui da Cuiacio: *Controversiae Roberti et Cuiacci*, lib. II, cap. VII (in *Opp.*, X, 157 e seguenti).

(4) *Archiv für die civ. Praxis*, vol. LXIX, pag. 268 e seguenti.

(5) *Florum sparsio ad ius Iustinian. ad L. nostr.*, pag. 137 (edit. Halens cum praef. Gebaueri, 1729).

giunge pur egli, correggendo il testo, allo stesso risultato, ma invertendo i termini:

$$12\,a + \frac{3\,b + 9\,c}{3}.$$

Connano (1):

$$12\,a + \frac{1}{3}\left(\frac{12\,b + 12\,c}{2}\right).$$

Il Connano ripartisce un provento medio de' due ultimi raccolti.

Schrader (2), Hufeland, Schweppe, Wening-Ingenheim, Glück, Unterholzner, Lotmar (3):

$$12\,a + \left(\frac{12\,b + 3\,c}{15} \times 12 \times \frac{1}{3}\right).$$

Come si vede, anche lo Schrader si preoccupa di costruire e ripartire una media de' due ultimi raccolti.

Duareno (4), Donello (5), Hasse, Göschen, Vangerow, Holzschuher, Rudorff, Sintenis, Serafini in Arndts-Serafini, Böcking, Wächter, Maynz, e, mediante la costruzione di un anno medio, anche Arnold:

$$12\,a + 1\,b + 3\,c.$$

---

(1) *Commentarior. iuris civ.*, tom. II, lib. VIII, cap. X, pag. 639 e seguenti.

(2) *Diss. de divisione fructuum dotis*, Helmst 1805.

L'inventore peraltro ripudiò in seguito la sua opinione, accettando circa la L. 7, § 1, *sol. matr.*, la pura e semplice interpretazione di Cuiacio, che è quella letterale ed in generale il calcolo di Donello e Duareno. V. *Kritische Zeitschr.*, Tübingen, vol. VI, pag. 219.

(3) L'opinione di Lotmar, che è quella di Schrader, senza complicazione di calcoli e senza peso di logaritmi, venne espressa la prima volta nella sua edizione delle Pandette del Brinz, vol. III, § 434, n. 35, e difesa ora ne' *Jahrbücher für die Dogm. des Rechts*, 1894, pag. 225-298.

(4) *Disputation. anniversar.*, lib. I, cap. LX (in *Opp.*, pag. 1055 e seguenti).

(5) *Commentarior. de iure civili*, lib. XIV, cap. VII, § 17 (in *Opp.*, Florentiae 1841, III, pag. 1088 e seguenti).

Pacio (1), Suerin, Trendelenburg, Puchta, Brinz, Dernburg, Petrazycki:

$$12\,a + \frac{12\,b + 11\,c}{3}.$$

Bechmann (2):

$$12\,a + 12\,b + \frac{11\,c}{3}.$$

Il Bechmann è d'opinione che il marito lucri per intero tutte le raccolte che fa nel matrimonio.

Di fronte a tutti questi calcoli ecco il risultato semplice di Francke (3), Czyhlarz, Windscheid:

$$12\,a + 4\,b.$$

4. Com'è chiaro, in tutte le opinioni divergenti da quella che intendiamo difendere, salvo nelle due teorie artificiose del Connano e dello Schrader, che sono indotti a fare una media de' due raccolti, e in quella del Duareno, così semplice nell'apparenza, ma così artificiosa pur essa nella sostanza, che non crea una massa de' raccolti attribuiti all'ultimo anno, non ripartisce il secondo raccolto come il terzo nelle debite proporzioni tra il marito e la moglie, ma lo rilascia tutto alla moglie, all'infuori del primo mese, si attribuiscono al marito più che i frutti di 16 mesi. Ora io non voglio a lungo sottilizzare su questo difetto speciale, che ciascuno de' calcoli in cui si scinde la teoria dominante presenta a chi per poco vi fermi l'attenzione: io prendo a considerare soltanto la questione generale; vinta la quale non resta che una sola opinione, un calcolo solo.

Si debbono mescolare, in qualunque ragione poco importa, i frutti di due annate, cioè la raccolta che si fa nell'ultimo anno dotale e quella dell'anno successivo? Ovvero

---

(1) *Comm. ad Papinianum de fructib. dotis dividend.*, pag. 91 e seguenti.

(2) Bechmann, *Dotalrecht*, Erlangen 1867, pag. 203 e seguenti.

(3) *Archiv für die civ. Praxis*, vol. XXX, pag. 321.

la raccolta dell'ultimo anno è quella che effettivamente nell'ultimo anno si raccoglie?

Forse l'indirizzo polemico che il Francke e il Czyhlarz diedero alla discussione, battendo l'opinione dominante, non era la forma più acconcia per far risaltare la giustezza del loro concetto e la sua schietta e logica derivazione dai principî dell'istituto. L'uno e l'altro muovono obbiezioni, in parte ragionevolissime, in parte torbide, alle teorie dominanti: ma ribattute bene o male queste, gli avversari tranquillamente rispondono che « l'opinione quasi isolata del Francke è priva d'argomenti positivi ». E non sembra a prima vista che abbian torto: benchè io vorrei sapere quali argomenti positivi esistono per la mescolanza de' due raccolti, all'infuori del testo di Papiniano, che non è argomento dommatico, ma puramente esegetico e che inoltre, come vedremo, non significa nulla contro la nostra opinione.

Se non che, liberando lo spirito dalla preoccupazione che ingenera il testo, fissiamo la mente sul punto dommatico della questione: posto che i frutti da dividere son quelli dell'ultimo anno, qual è il criterio, qual è il momento che stabilisce l'appartenenza de' frutti a questo anno?

Ora cotesto criterio nella comune opinione è il *periodo di produzione*. Con questo criterio, poichè l'anno dotale non coincide di regola coll'anno fruttifero, si riesce a mescolare due raccolti successivi di una specie di frutti, il cui periodo di produzione è annale.

A base della dottrina opposta è invece la *percezione*. Tutti i frutti realmente raccolti nell'ultimo anno costituiscono la raccolta dell'ultimo anno, la massa da dividere.

5. È manifesto che cotesto criterio è altrettanto semplice, la sua applicazione altrettanto piana e logica, quanto è artificioso il criterio dell'opinione dominante, quanto n'è illogica ne' risultati, malagevole (specie nell'ipotesi normale di fondi di famiglia, a più colture) l'applicazione.

E in primo luogo s'affaccia l'obbiezione da cui prende le mosse il Francke: in qualunque calcolo i fautori del sistema dominante dividono più che i frutti di un'annata, e in ipotesi come la presente i frutti di quasi due anni. Con imperturbabilità si è risposto che ciò non è vero: che anche l'opinione dominante divide i frutti di un solo anno; soltanto, a costituir la massa annale concorrono due periodi fruttiferi. Così, ad es., il Vangerow (1), così il Petrazycki (2).

---

(1) *Pand.*, vol. I, § 220, n. 2. Mette conto di riferire le parole di questo grande romanista (*ib.*, pag. 409): « Sino ai tempi più recenti tutti erano d'accordo in un punto, che in un caso simile [cioè quando l'inizio dell'ultimo anno dotale rompe in mezzo due periodi fruttiferi, gli ultimi mesi del primo in cui si è fatta la raccolta, i primi del venturo in cui matura la nuova, che è, si può dire, l'ipotesi regolare] si debbono prendere in considerazione le raccolte di due anni, tanto la raccolta di quel periodo fruttifero il cui termine cade nell'anno della divisione, quanto la raccolta di quello il cui principio appartiene ancora allo stesso anno, e la discordia era solo sulla maniera con cui queste due raccolte dovevano venire in considerazione. Di recente però il Francke si è pronunciato decisamente contro questa opinione e in contrasto ad essa ha avanzato l'affermazione che debba entrare sempre nel computo una sola raccolta, cioè quella effettivamente fatta durante l'anno della divisione e solo questa debba esser attribuita proporzionatamente tra gli interessati. Posto che il matrimonio abbia cominciato il 1° di giugno e si termini il 31 dicembre 1850, e sia stato costituito in dote un vigneto, secondo la teoria dominante deve nel computo dei frutti dotali esser contemplata così la vendemmia dell'anno 1850 che il marito ha realmente fatta, come la futura vendemmia dell'anno 1851, perchè il matrimonio è durato per 4 mesi nell'uno e per 2 nell'altro periodo fruttifero: secondo l'opinione del Francke, invece, si deve considerare unicamente la vendemmia dell'anno 1850 e di questa il marito deve trattenere la metà, perchè il matrimonio ha durato metà dell'anno. Io ritengo che la teoria dominante sia la sola giusta ». A parte quel che diciamo nel testo circa l'attribuzione de' frutti, è curioso come nemmeno un grande romanista, come il Vangerow, sia riuscito ad evitare l'equivoco nella formulazione della questione anche dal suo punto di vista. Non perchè il matrimonio nell'ultimo anno è durato 4 mesi nell'uno e 2 mesi nell'altro periodo fruttifero si dovrebbero prendere in considerazione le due raccolte, ma perchè l'ultimo anno è costituito di due frazioni di diversi periodi fruttiferi, e poco importerebbe che i primi 6 mesi, in cui è durato il matrimonio, fossero tutti caduti nell'uno.

(2) Op. cit., pag. 10.

Ciò basta, se si vuole, per confutar l'argomento che il Francke ritrae dall'espressione « *fructus anni novissimi* », che allude a un anno solo. Ma il vero è che la tesi avversaria potrebbe al più sostenersi, se quel criterio fosse logicamente applicato a tutti gli anni precedenti insino al primo; ma poichè la prima messe, la prima vendemmia fatte nel matrimonio sono per intero lucrate dal marito, è chiaro (come appare dai nostri schemi) che il marito viene a lucrare i frutti in una proporzione superiore alla durata del matrimonio; se non nell'ultimo, il reddito oltreannale si dovrà collocare nel primo anno, e nel primo anno il criterio di attribuzione è certamente duplice. Precisa è la confessione del Petrazycki (1). « Il modo romano di operar la divisione de' frutti corrisponde esso al postulato, generalmente ammesso, dell'equità? (cioè che i frutti rispondano agli oneri del matrimonio e si ripartiscano secondo questi). Evidentemente no ». E fatto l'esempio, giusta la sua tesi e i suoi calcoli, egli mostra che, precisamente, nell'ultimo anno il marito lucra un doppio reddito, ed esclama: « Quale iniquità contro la donna!..... *Giuridicamente* il marito acquista per ogni mese $^1/_{12}$ de' frutti di un anno, *di fatto* $^1/_{12}$ de' frutti di due anni. *Or come ci dobbiamo noi comportare di fronte a una così patente enormità?* » Pensarci su e respingerla, diremmo noi.

Il Petrazycki preferisce invece di ritenerla e inferirne che la dote non serve agli oneri del matrimonio, perchè altrimenti l'attribuzione de' frutti dovrebbe corrispondere, proporzionatamente, al tempo che dura il matrimonio. E da questo punto fino alla conclusione del suo scritto egli prosegue occupandosi esclusivamente, per rischiarare questa singolarità, di staccar dalla dote l'istituto della divisione di frutti dotali, cercargli un motivo nuovo e indipendente e immaginare un'origine storica, uno svolgimento, una fusione di regole, in cui la fantasia dell'A. si ammira tanto più in

(1) Op. cit., pag. 52-53.

quanto non c'è il menomo vestigio che lo guidi per simili strade: nè giova seguirlo.

Più aperta forse, certo più franca e violenta contro le espressioni de' testi, è la confessione del Brinz: « *È falso* pensare o dire che oggetto della divisione sia un reddito annale, cioè solo tanti frutti quanti ne cadono in un anno, secondo i periodi fruttiferi della cosa dotale: nella tanto controversa L. 7, § 1, D. *sol. matr.*, 24, 3, noi vediamo apertamente che il dividendo è più che un reddito annale (reddito annale e un quarto)..... il punto oscuro è sol questo, *come accanto alla vendemmia non si divida tutto il fitto* ($^{11}/_{12}$) *che cade nell'anno successivo* » (1).

Un'eccezione a questo vizio pratico, lasciando fuori le teorie artificiose del provento medio, sembra costituire la teoria di Duareno: ciò ne spiega il favore e la diffusione. Invero l'equità di questa dottrina consiste in ciò, che una certa proporzione è serbata: il marito non lucra nella nostra ipotesi più de' 16 mesi che ha durato il matrimonio. Ma è una proporzione errata: non si lucra de' diversi raccolti una massa da ripartire, non si distribuiscono proporzionatamente tra il marito e la moglie tutti i redditi che cadono nell'anno, ma della vendemmia $^{11}/_{12}$ si rilasciano alla moglie, benchè essa non doveva averne più di $^{8}/_{12}$ per gli otto mesi decorsi dopo lo scioglimento dell'ultimo anno dotale. Una inconseguenza logica profonda e così nascosta che nessuno, per quel che sembra, ha mai avvertito, è poi la seguente: se si tien conto della produzione, poichè tale è il punto di vista dell'opinione dominante, quegli $^{11}/_{12}$ che son tutti attribuiti alla moglie, dovrebbero invece esser tutti attribuiti al marito, in quanto spettano al primo anno, giacchè per 11 mesi la vendemmia ha maturato nell'anno precedente.

Sotto altra forma la nostra obbiezione all'opinione dominante fu mossa dal Czyhlarz: e perchè non si dividono i

(1) *Pand.*, Erlangen-Leipzig 1889, vol. III, § 484, pag. 748.

frutti del primo anno? Il Petrazycki risponde che questa sarà tutt'al più una incongruenza o un difetto; ma egli se ne val di nuovo per dimostrare che la divisione de' frutti è un istituto indipendente dalla dote, che suo fondamento non è il riguardo agli oneri, il quale momento d'altra parte egli esclude pure dal concetto della dote (1). Su questa non divisione de' frutti del primo anno anzi il Petrazycki per conto suo insiste molto.

Un altro appunto che assai rileva, benchè di carattere esclusivamente pratico, è per me l'assurda complicazione di calcoli che richiede l'opinione dominante, quando, com'è l'ipotesi normale, trattisi di un fondo di famiglia, ove si coltivano le varie specie di frutti del luogo. Poniamo un fondo in Liguria o in Sicilia: da gennaio a marzo si raccolgono olive, mandarini, aranci, limoni; da aprile ad agosto frutti d'ogni sorta, limoni di nuovo, ortaggi; a luglio frumento; a settembre limoni; a settembre od ottobre vendemmia; da ottobre a dicembre olive, mandarini e altre frutta. Come si fa a calcolare scrupolosamente in ogni prodotto per quanta parte la raccolta che si farà oltre l'ultimo anno dotale si matura nell'anno, per aggiungerla alle raccolte che effettivamente si percepiscono? E ne' raccolti continui, come quel dell'olivo, ne' raccolti, che hanno più riprese, come i limoni, dove daremo del capo? Non finiremo per esser trascinati all'unico criterio veramente possibile, quello della percezione?

---

(1) Osservo di volo in proposito che la famosa L. 1, D. *de iure dot.*, 23, 3, di Paolo: « *Dotis causa perpetua est, et cum voto eius, qui dat, ita contrahitur, ut semper apud maritum sit* » non può significare affatto che la restituzione eventuale sia esclusa dal concetto della dote e che la dote non sia subordinata agli oneri del matrimonio. Al contrario: essa esprime che la natura del rapporto dotale (*dotis causa!*) investe perennemente i diritti trasmessi e li qualifica in modo speciale, sicchè la dote è sempre dote, *sempre destinata agli oneri del matrimonio*, e resta presso il marito, sebbene all'atto di costituzione questi fosse *filius familias;* conforme all'intenzione di chi l'ha costituita.

6. Ma a parte le iniquità, a parte le inconseguenze, a parte gli assurdi dell'opinione dominante e il suo cozzo coll'impossibile: ricerchiamo finalmente che cosa insegnino le fonti circa questo, che è il punto dommatico della questione, se per istabilire i frutti che appartengono all'ultimo anno si debba tener conto del periodo di produzione ovvero della percezione.

Ora (lasciamo per intanto di considerare il testo di Papiniano) così la prova positiva come la negativa ci soccorrono pienamente. Nel dichiarare la somma de' frutti da dividere è al momento della percezione che le fonti hanno esclusivamente riguardo: le espressioni che tornano (ove non si dice semplicemente *fructus* o *fructus novissimi anni*) sono: *fructus percepti*, *percipiendi*, *quos percepit*, *messes sublatae*, ecc., sempre riferendosi all'ultimo anno dotale (1). Se si fa richiamo al periodo di produzione è solo per determinare la durata de' periodi dotali, affinchè ciascuno di questi abbia la sua raccolta; ma una volta stabilito il periodo dotale, gli è soltanto la raccolta che si percepisce in esso quella che s'ha a dividere: « Quod in anno dicitur, potest dici et sex mensibus, *si bis in anno fructus capientur*, ut est in locis inriguis. Et in pluribus annis idem dici potest, ut in silva caedua » (2). Di un'assurda mescolanza de' frutti percetti nell'ultimo anno o da percepire nello stesso (si intende, sciolto il matrimonio) con quelli da percepire nel successivo non si fa parola: gli stessi fautori dell'opinione dominante dichiarano che pur troppo (*leider*) è soltanto la L. 7, § 1, la quale contempli questo caso: come lo contempli lo vedremo. Un poco di confusione si fa, nel ragionare, abusando le parole della L. 7, § 3: ivi si parla di una mescolanza della « *pecunia messium* » con la « *spes futurae vindemiae* ». Ma la vendemmia che s'ha a confondere col provento della messe è un raccolto che si fa egualmente

(1) Cfr., ad es., L. 25, D., 22, 1; L. 38, § 12, *eod.*, e la stessa L. 7, D. *soluto matr.*, passim.

(2) L. 7, §§ 6, 7, D. *sol. matr.*, 24, 3.

nell'ultimo anno dotale: il giureconsulto suppone il caso, ch'è del resto normale, di un fondo di famiglia, a più d'una coltura. Gli è all'epoca dello scioglimento del matrimonio che cotesto raccolto è una « *spes* », poichè è detto espressamente che il matrimonio è cessato prima della vendemmia: al momento in cui l'ultimo anno dotale si chiude la vendemmia sarà già fatta. Del resto è chiaro che un fondo non può esser tenuto un anno a vigna, un altro a grano, i due raccolti si seguono da luglio a settembre.

Un sol testo ci parla non per vero della produzione, ma della cura, ch'è qualcosa di simile, ed è la L. 7, § 9, *soluto matr.*, 24, 3. Ma in qual rapporto ne parla? Non in rapporto alla massa de' frutti da dividere, che sono pur sempre quelli che si ricavano dal fondo nell'anno dotale, bensì in rapporto alla divisione di essi, per istabilire quanta parte ne spetti al marito e per qual motivo si faccia la divisione secondo il tempo: il marito, si dice, anche nel caso presente (non si fa più l'ipotesi ordinaria di un fondo, ma di pecore, che abbian partorito o sieno state tosate da lui) non lucra tutti quanti i frutti per averli in un momento percepiti, ma solo una parte di essi, tenuto conto, colla solita proporzione, di tutto il tempo che ha durato il matrimonio, in ragion delle cure che durante cotesto periodo di tempo v'ha impiegato. Ecco il testo: « Non solum autem de fundo, sed etiam de pecore idem dicemus, ut lana ovium fetusque pecorum praestaretur. *Quare enim si maritus prope partum oves doti acceperit, item proximas tonsurae, post partum et tonsas oves protinus divortio facto nihil reddat? Nam et hic fructus toto tempore quo curantur, non quo percipiuntur rationem accipere debemus* ».

È chiaro dunque: il periodo di cura, o, se si vuole, di produzione, è il criterio e il fondamento della divisione dei frutti; ma la percezione è l'unico criterio per istabilire la massa dei frutti da dividere; e così essendo i principî, non possono rientrare nella massa da dividere se non le raccolte effettivamente fatte nell'ultimo anno dotale, in qualunque momento di esso.

Io debbo qui parare una obbiezione, che, peraltro, soltanto una gretta e fallace apprensione dei concetti legislativi potrebbe far nascere: e se il secondo raccolto di un prodotto ordinariamente annale è precoce e viene quindi ad essere percepito anch'esso nell'ultimo anno dotale, si dovranno allora sommare entrambi per costituire la massa da dividere? E se per converso è tardivo e non si percepisce affatto nell'ultimo anno dotale, ma soltanto nel successivo, si dovrà dire che cotesto anno è senza raccolto e il marito per otto, nove, dieci mesi di cura non avrà diritto a nulla? La risposta è facile: l'anno cui la legge si richiama non è già un anno astronomico o matematico, ma un anno economico: le due raccolte ne segnano i due termini, non già gli anniversari del calendario; laonde avremo, per così dire, un anno più breve, se la seconda raccolta è precoce, uno più lungo, se è invece tardiva. Del resto la giurisprudenza romana non ha nemmen fissato un anno, ma un qualunque periodo fruttifero.

Non preoccupati o traviati dall'interpretazione del testo di Papiniano (delle controversie romanistiche essi hanno una idea piuttosto vaga), gli scrittori di diritto civile, tanto in Francia quanto in Italia, non hanno mai dubitato che il solo raccolto da dividere sia quello che si fa nell'anno, che il vero criterio per costituire la massa sia la percezione. Alcuni, come il Boileux (1), lo Zachariae (2), Rodière e Pont (3), il Toullier (4), Aubry e Rau (5), il Laurent (6),

---

(1) *Comm. sur le Code civil*, Paris 1842-44, vol. III, pag. 214-215.

(2) *Le droit civil français*, Paris 1858, L. IV, § 73, pag. 259-260.

(3) *Traité du contrat de mariage*, Paris 1869, L. III, § 1538, pagine 477-478.

Rodière e Pont rammentano come errore capitale un' opinione di Sériziat e Taulier, per la quale spetterebbero per intero al marito tutte le raccolte fatte durante il matrimonio; è l'opinione, come si vede, che va presso i romanisti sotto il nome di Bechmann.

(4) *Droit civ. fr.*, Bruxelles, L. VII, n. 218, pag. 261.

(5) *Cours de droit civ. fr.*, Paris 1872, L. V, § 540, pag. 632-635.

(6) *Principes de droit civ.*, Bruxelles-Paris 1878, L. 23, n. 571-574.

il Troplong (1), il Baudry-Lacantinerie (2), tacciono sul modo di costituir la massa; il che senz'altro vuol dire che non v'è difficoltà per loro, nè si fa differenza se l'anno coniugale incominci coll'anno fruttifero o meno. Altri però, e col parlar di raccolti *fatti*, di frutti *percetti* nell'ultimo anno e con fattispecie patenti, dànno apertamente a divedere che la loro opinione è quella che io ritengo anche nel diritto romano la vera. Tali sono: lo Zachariae annotato da Aubry e Rau (3), il Marcadé (4), il Duranton (5), il Toullier-Duvergier (6), il Demante (7). In Italia il Pacifici-Mazzoni (8), il Ricci (9), il Borsari (10).

[Agli autori citati vanno ora aggiunti il Baudry-Lacantinerie e Le Courtois Surville (*Traité:* 1er *Contrat de mariage*, vol. III, n. 1642, pag. 295, ed. Vallardi, trad. it., pag. 291) e il Bianchi (*Contratto di matrimonio*, nella collezione Fiore del diritto civile italiano, 2a ediz., Napoli 1907, n. 348-349,

---

(1) *Contrat de mariage*, Bruxelles 1850, art. 1571, n. 3673 e segg., pag. 392 e seguenti.

(2) *Précis de droit civ.*, Paris 1889, L. III, n. 437-441, pag. 272.

(3) *Cours de droit civ.*, Paris 1850, 2a ediz., L. II, § 540.

(4) *Explication du code Napoléon*, Paris 1855, vol. VI, pag. 102-103, art. 1571. Il Marcadé sembra un istante confondere il criterio e dar valore alla produzione in quanto si preoccupa delle raccolte precoci o tardive, che possono stabilire tra l'una e l'altra messe una distanza di 13 mesi, e della necessità che ogni anno abbia il suo frutto. Abbiamo già eliminato questo equivoco: non si tratta qui di dar valore al criterio della produzione, ma di intendere con larghezza, in un senso economico, non astronomico, il concetto dell'ultimo anno.

(5) *Cours de droit civil suivant le Code français*, Bruxelles 1841, L. VIII, n. 447 e segg., pag. 429 e seguenti.

(6) *Le droit civil français* (in corso di pubblicazione), vol. VII, P. II, n. 281-312, pag. 201-225.

(7) *Cours analitique du Code civil*, Paris 1883, L. VI, n. 248, pagine 540-545.

(8) *Istituz. di diritto civile*, Firenze 1886, vol. IV, n. 200, pag. 406; ultima edizione 1908 annotata dal Venzi, IV, pag. 762-763, senza osservazioni dell'annotatore.

(9) *Corso di dir. civ.*, Torino 1886, n. 88, pag. 101-102; 3a ediz., 1907, vol. VII, n. 59, pag. 96 e seguenti.

(10) *Commento al Cod. civile*, Torino 1878, art. 1416.

pag. 492 e segg.). Anche nelle pagine destinate in queste due nuove opere alla divisione de' frutti dotali nell'ultimo anno dotale, cioè rispettivamente al commento dell'art. 1571 Cod. fr. e 1416 Cod. civ. it., non appare l'ombra di un dubbio (e giustamente) che raccolte appartenenti all'ultimo anno dotale siano le raccolte dell'ultimo anno realmente fatte, i frutti percetti].

7. A questo risultato tanto logico e naturale, a mio avviso, che di fronte a esso gli altri sistemi non m'han tanto l'aria di opinioni quanto di traviamenti, noi siamo giunti, lasciando completamente da banda il testo di Ulpiano-Papiniano. Ma contrasta esso veramente con tale risultato? Riferiamo il testo:

L. 7, § 1, D. *sol. matr.*, 24, 3. Ulpianus *libro XXXI ad Sabinum:* « Papinianus autem libro undecimo Quaestionum: divortio facto *fructus dividi, ait, non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit:* neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex kalendis novembribus primis fruendum locaverit, mensis Ianuarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. *Itaque si in fine mensis Ianuarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur* ».

Prescindendo ora dal calcolo aritmetico di Papiniano, che genera fra tutti la discordia, fermiamoci al punto che costituisce il *trait d'union* generale. Papiniano dice chiaro che s'hanno a mescolare (*confundi debebunt*) due redditi per costituire la massa de' frutti da dividere, il prezzo di fitto e la vendemmia. Adunque — è questo, come si vide, il domma dell'opinione dominante — *quando l'anno dotale comprende*

due periodi fruttiferi, si vuol mescolare, per costituire la massa de' frutti dell'anno, entrambe le raccolte che nell'anno cadono. Adagio a' ma' passi; poichè *cadere* (*fallen*) è un verbo traditore. Quali sono i frutti *che nell'anno cadono?* Quelli che si raccolgono o quelli che vi maturano? Qual è insomma il criterio, la percezione o la produzione?

Se il pensiero di Papiniano fosse veramente dar valore alla produzione e cumulare due raccolti, perchè entrambi nell'anno maturano, oserei dire che converrebbe rigettare la sua decisione; poichè nemmeno a Papiniano è lecito dar sanzione all'assurdo, cioè costringere ad applicazioni e calcoli errati in contrasto co' principî che noi ricaviamo con tal precisione e tal frequenza dal Digesto, dal Codice, dalle fonti stesse antegiustinianee. Sarebbe il caso di dire colla glossa, a torto biasimata dal Glück, *alias lex, alias § Papinianus* (1). Ma, chi ben guardi, tale non è il pensiero del giureconsulto romano; nè il dubbio, che generò la sua *quaestio*, è se si debba tener conto di un criterio solo, la percezione, o di due insieme per l'ultimo anno, la percezione e la produzione. Criterio è sempre la percezione e su questa si ragiona. La specie, che il giureconsulto si propone, è la seguente. Sul principio dell'ultimo anno dotale un mutamento è sopravvenuto nell'economia del fondo: raccolta la vendemmia, il fondo è stato dato in affitto. Ora si deve dividere tra il marito e la moglie soltanto le pigioni, cioè tutto quel reddito che sopravviene *ex die locationis?* Papiniano risponde che no: si deve tener conto anche del tempo precedente, *quo mulier in matrimonio fuit*, vale a dire prendere pur sempre le mosse dall'inizio dell'anno dotale e dividere tra il marito e la moglie tutta la somma de' frutti percepiti nell'anno, vendemmia e pigioni. Non è giusto (*neque enim... aequum est*) che il provento della vendemmia resti per intero presso il marito, come avviene coll'altra soluzione.

---

(1) V. la gl. *Divortio* a questo testo.

Come si vede, se il caso specialissimo può far nascere de' dubbî, essi non concernono un criterio diverso dalla percezione cui s'abbia riguardo per determinare i frutti che s'intendono cadere nell'anno; anzi la questione fatta è una riconferma che in qualunque modo è sempre su tale base che si ragiona. È piuttosto l'inizio dell'ultimo anno, che sia precisamente quello dotale, ciò che preoccupa Ulpiano e Papiniano; e con una retta applicazione de' principî Papiniano si avvisa anche di evitare che il marito faccia un soverchio lucro, lucrando tutta la vendemmia, per aver dato a fitto la terra in cotesto ultimo anno.

Certo anche con la soluzione papinianea il marito viene ad avere nell'ultimo anno, in ragione della durata del matrimonio, più che ne' precedenti, perchè la massa che risulta da questa mescolanza s'ha a ritener maggiore di quella percepita negli anni precedenti. Ma questo risultato non è iniquo, perchè se il marito lucra, in ragione de' pochi mesi che ha durato il matrimonio, più che ne' precedenti anni, ciò non è a spese della donna, ma consegue da un mutamento della economia, per effetto del quale l'ultimo anno viene ad aver una maggior quantità di frutti (1).

---

(1) D'altra parte non è detto che il solo raccolto dell'annata sia la vendemmia nè il « fructus integros retinebit » significa propriamente questo (poco più sotto, al § 3, facendo sempre delle variazioni sullo stesso esempio, il giureconsulto parla di messi): cavoli e ravanelli almeno se n'avranno, giacchè un fondo tenuto a coltura unica, che è sempre un fenomeno raro e d'ordine superiore, doveva essere anche più raro nell'antichità. Da noi si chiama « vigna » un fondo che produce non solo uva, ma grano, frutta e ogni ben di Dio: e si vuol invece che Papiniano usi « *fundus* » per denotare una « *vinea* »? Ora se dal fondo s'hanno anche altri prodotti, è di tutta equità che il marito, per averlo affittato appena fatta la vendemmia, non subisca danno, ma entri a far parte della mercede. Già Merenda ritenne questo: soltanto vi fondava su una decisione singolare.

Il fondo di Papiniano fu trasformato in vigna sin dalla Glossa. È curioso, peraltro, vedere il Glück, il quale pure insiste che sia una vigna, uscir fuori a un certo punto in questa asserzione: che, per avere il marito conchiuso l'affitto « dobbiamo supporre che il fondo dotale, oltre la vendemmia, produca pure altri frutti: *caso che in Italia*

La logica de' principî è dunque d'accordo colle ragioni di giustizia nel rendere il testo di Papiniano in perfetta armonia col nostro sistema.

Resta una sola difficoltà: perchè Papiniano nella sua specie mescola colla vendemmia solo i $^{3}/_{12}$, che il marito ha incassato, della mercede, e non tutti gli $^{11}/_{12}$ che nell'ultimo anno maturano, cominciando l'affitto subito dopo la vendemmia? Se non che è questa una difficoltà che non esiste soltanto nella nostra dottrina, ma in tutte quante: poichè se tutti gli scrittori per la tesi generale della mescolanza de' due raccolti hanno tratto ispirazione dalla L. 7, § 1, non ve n'ha un solo, dicemmo, che non consideri come singolare il calcolo papinianeo e non cerchi di giustificarlo colla specialità del caso; a prescinder da coloro, come il Windscheid e il Dernburg, che considerano il calcolo stesso come errato o arbitrario, e da coloro che vogliono correggere il testo, come il Grozio, il Mommsen, lo Czyhlarz e il Bechmann.

A me, peraltro, piace in proposito la recente interpretazione del Petrazycki. Il testo di Papiniano (egli dice) è una *quaestio*, non un *responsum*. Ora in una *quaestio* il giureconsulto non aveva punto l'obbligo di operare una completa divisione de' frutti, come invece gl'incombeva, ove fosse stato chiamato a rispondere dalle parti. Nel caso Papiniano ha l'attenzione ai frutti che il marito ha già riscosso, e dichiara che gli spetta di questi $^{1}/_{3}$ perchè il matrimonio è durato 4 mesi; ma ciò non vuol dire che non gli abbia a

---

non è punto straordinario (*Ein Fall der in Italien gar nicht ungewöhnlich ist.* V. *Pandekten-Commentar*, vol. XXVII, § 1276 *d*, pag. 292) ». Io direi anche in Germania: a ogni modo è a ritenere che Papiniano pensasse piuttosto all'Italia e ai terreni del Mezzogiorno. Altrove lo stesso autore, mentre ribatte l'osservazione di Merenda, concede nondimeno, sull'autorità di Columella (*De re rust.*, 5, 6), che v'erano senza dubbio de' vigneti, in cui s'usava tenere alberi di frutta, seminare frumento, biade, ecc. (l. c., pag. 308, nota 43). Columella veramente menziona la pratica, comune anche oggidì nell'Italia centrale e meridionale, di seminare tra le viti stesse: il che è qualcosa di più e di diverso.

spettare la sua quota anche degli altri frutti, che sino alla fine dell'anno dotale riscuoterà la donna (1).

Potremmo forse aggiungere che il calcolo separato delle due masse di frutti — quella costituita dalla vendemmia e dal quarto del prezzo di fitto, la quale s'incassa prima dello scioglimento, e quella costituita dal prezzo di fitto, che percepirà in seguito la donna — è tanto più richiesto, in quanto la moglie non ha l'obbligo di rispettar la locazione contratta dal marito (2).

Concludendo: gli è soltanto quando intervengano frutti civili, cioè nel concorso di frutti naturali con frutti civili o anche di una serie di frutti civili con un'altra serie, che due redditi si debbon mescolare per costituire la massa de' frutti da dividere: il che non è nemmeno un'eccezione, ma un'applicazione congrua del principio che il momento della percezione regola l'appartenenza de' frutti a un dato anno.

[Osservazione (1915). — Non ritengo ora probabile nè l'interpretazione del testo di Papiniano data dal Petrazycki nè il mio calcolo, almeno così com'è presentato, circa la divisione tra il marito e la moglie nell'ipotesi di concorso di un reddito naturale con un reddito civile. Questo calcolo, sempre così com'è configurato, non è, come ognuno vede, se non il calcolo stabilito come massima generale in qualunque ipotesi per la divisione de' frutti dell'ultimo anno dal Pacio, e adottato nel secolo scorso dal Puchta, dal Brinz, dal Dernburg, dal Petrazycki. In esso il marito (noi lo abbiamo apposto come vizio al sistema del Pacio, del Brinz, ecc., e lo abbiamo espressamente confessato nella specie particolare, in cui noi pure lo adottiamo, cercando di darne una giustificazione) la divisione si fa sulla base di un reddito che è all'incirca doppio di quello normale: una vendemmia

---

(1) Op. cit., pag. 32-41.

(2) Cfr. per le mutue cauzioni in proposito: L. 25, § 4, D. *sol. matr.*, 24, 3.

sola in una vigna rappresenta il frutto di un'annata, e quello che si aggiunge in qualunque forma a questo reddito è un di più sui proventi di un'annata. Ora, lasciando per il momento da banda se questo risultato sia veramente logico, è ben difficile sostenere che sia equo.

Il mutamento dell'economia non opera il miracolo di moltiplicare i frutti, anzi il passaggio dalla gestione diretta all'affitto significherà di regola una diminuzione di reddito. Se nell'ultimo anno di matrimonio si accumula un doppio reddito, ciò proviene dal fatto che si percepisce anticipatamente l'equivalente della vendemmia futura: virtualmente la riscossione del fitto nella specie qui configurata rappresenta un'anticipazione sui frutti avvenire, quasi un'anticipata percezione della vendemmia dell'anno successivo.

La specie è alquanto delicata e anche i nostri civilisti, pur così concordi nella questione di massima generale, hanno provato di fronte a essa un certo smarrimento. Il Baudry-Lacantinerie e Le Courtois Surville (*Contrat de mariage*, n. 18, pag. 299, traduz. it., pag. 297) superano semplicemente l'ostacolo e fanno entrare in divisione soltanto la raccolta in natura. La mescolanza de' due redditi, osservano i predetti scrittori, « è contraria all'equità ». Il canone dovuto in virtù dell'affitto rappresenta la raccolta dell'anno successivo. In definitiva (essi concludono) non vi deve esser cumulo nella nostra specie; e il marito non deve prendere che una parte proporzionale della raccolta in natura. Il Bianchi (*Contratto di matrimonio*, pag. 494-495, nota 2) giunge indipendentemente alla stessa soluzione accolta da noi: il marito deve avere la sua quota sulla raccolta e sull'affitto insieme. « Tanto la raccolta fatta in settembre quanto il fitto riscosso ancipatamente in novembre sono frutti dell'ultima annata e perciò soggetti a ratizzazione. Non si può considerare il frutto naturale percetto dal marito nel primo mese del matrimonio e il frutto civile anticipato da lui riscosso come frutto di due annate diverse ». Invece il Ricci (*Corso di diritto civile*, 1907, vol. 7, n. 59, pag. 97) reputa

che si abbiano bensì a contemplare i due redditi, il frutto naturale e la corrisposta di affitto, ma il computo sulla base del reddito civile non si debba fare se non dal momento in cui questo comincia a decorrere. L'esempio fatto da lui per maggiore intelligenza giova a far comprendere il suo punto di vista: « Il 1° giugno si celebra il matrimonio: al 30 dello stesso mese si miete il grano, unico prodotto del fondo; al 1° luglio si affitta il fondo e al 1° agosto il matrimonio si scioglie: come si farà nell'ipotesi la distribuzione? Nella ipotesi si hanno due redditi: il frutto naturale cioè e la corrisposta di affitto, dunque la divisione deve farsi su di questa e su di quella; però il frutto civile non ha cominciato a decorrere che un mese dopo celebrato il matrimonio, quindi il computo non può aver luogo che a partire da questo termine. Conseguentemente spetterà agli eredi del coniuge premorto una sesta parte de' frutti naturali e un dodicesimo del prezzo d'affitto: il resto si devolverà al coniuge che sopravvive ». Com'è chiaro, anche il Ricci con il suo computo opera in sostanza il cumulo de' due redditi. Il computo del Ricci è poi nella sua semplicità errato, benchè in una forma più nascosta, per un equivoco analogo a quello del computo pur così seducente del Duareno: che non si fa una massa de' frutti da dividere e non si distribuiscono quindi equamente per tutto l'anno tra il marito e la moglie. Un reddito, un raccolto nuovo, in qualunque momento sopraggiunga, deve dividersi tra il marito e la moglie in proporzione della durata del matrimonio nell'ultimo anno. Col criterio del Ricci, se il matrimonio è durato nell'ultimo anno 10 mesi e il nuovo reddito sopraggiunge all'ultimo mese, il marito lucra un solo mese, e la donna lucra non solo la quota de' suoi due mesi, ma anche la quota degli altri nove mesi, che avrebbero dovuto esser attribuiti al marito. Nondimeno in un modo o nell'altro i due civilisti italiani, a differenza de' francesi, distribuiscono nell'ultimo anno un doppio reddito tra il marito e la moglie, con manifesta iniquità a carico della donna. Perchè è bensì vero che anche

la donna o i suoi eredi lucrano in proporzione anch'essi di più per i mesi successivi allo scioglimento: ma essi sconteranno in seguito un anno o l'altro e su tutta l'annata questo lucro maggiore che non è se non un'anticipata riscossione.

Ora i principî impongono veramente il cumulo?

L'iniquità è veramente sancita dal legislatore francese e italiano, e deriva dal sistema pel quale i frutti naturali si acquistano con la percezione, mentre i frutti civili *maturano di giorno in giorno* (Cod. civ. it., 430-431; Cod. fr., 585-586), sistema contraddittorio che in qualunque applicazione è fonte di iniquità. L'usufruttuario muore o cessa altrimenti l'usufrutto alla vigilia della raccolta; non lucra una spiga o un acino del raccolto e perde sudori e spese (senza compenso de' lavori e delle sementi, dice espressamente l'articolo 430); egli ha seminato e vigilato per altri: *sic vos non vobis*. L'usufruttuario ha affittato il fondo e muore o cessa altrimenti l'usufrutto 10 o 11 mesi dopo l'affitto alla vigilia del raccolto. Egli o i suoi eredi lucrano 10 o 11 mesi di affitto che rappresentano null'altro che l'equivalente del raccolto futuro: e ciò per giunta senza aver durato alcuna fatica nè sostenuto alcuna spesa.

Pertanto *il principio che i frutti civili maturano di giorno in giorno, accolto irriflessivamente dal Codice francese e dal nostro e non coordinato col regime dell'acquisto de' frutti naturali, che è pur sempre quello romano, non permette di applicare nel diritto civile per la specie presente altro computo che quello del Pacio accolto dal Bianchi e da me.*

Ma poichè nel diritto romano quella massima relativa all'acquisto de' così detti frutti civili non vige (è sfuggito anche anche a me di asserire il contrario, ma è un pretto errore), ed è certo, lasciando per ora di considerare il regime vario delle singole specie, che il frutto de' fondi rustici rappresenta la raccolta, e non può esser lucrato dall'usufruttuario, se la raccolta non è stata fatta dall'affittuario (L. 53, D. *de usufr.*, 7, 1; L. 9, § 1, D. *loc.*, 19, 2), noi non siamo obbligati nella costruzione, ideale oramai, de' dommi romani a

piegare il capo avanti a una simile iniquità. La *pensio* del fondo rustico, in quanto rappresenta il raccolto dell'anno venturo appartiene all'anno venturo. La soluzione del Baudry-Lacantinerie è più romana che civile.

Tuttociò, peraltro, è detto nell'ipotesi che il raccolto unico del fondo sia la vendemmia, cioè che il fondo sia una vigna. Ora non è questa certo la specie di Ulpiano e Papiniano. Il giureconsulto parla di *fundus* e ne' due paragrafi successivi, che per la concatenazione si collegano col nostro e proseguono lo stesso ragionamento, invertendo l'ipotesi, non soltanto ci offre la prova che accanto alla vendemmia è da collocare la messe, i due raccolti predominanti nell'economia patriarcale dell'Italia antica e dell'Italia moderna, almeno nella regione centrale e meridionale, ma che la *confusio* di cui si parla è una confusione della *vendemmia* già fatta con la *merces* della futura *messe:* al § 2 si parla precisamente in senso inverso di una confusione della *pecunia messium*, il raccolto già fatto dal colono, con la *spes futurae vindemiae.* La confusione de' due redditi è quindi perfettamente legittima in quanto rappresentano i due prodotti naturali dell'anno e non di quest'ultimo solo ma di ogni anno: messi e vendemmie.

Non crediamo pertanto di dover modificare il nostro calcolo, ma il ragionamento: il reddito civile rappresenta un altro prodotto naturale che cade nell'anno, e solo per questo si cumula col reddito della vendemmia.

Ma come dobbiamo interpretare la decisione di Papiniano? Io non credo si debba ritenere il testo corrotto, come supposero il Grozio, il Mommsen, il Brinkmann e più largamente il Bechmann e lo Czyhlarz, e credo pure che, se non si può con la Vulgata staccare il testo dal principio del frammento convertendo la citazione in iscrizione, tuttavia nella sua forma troppo concisa (tale è forse il suo vero difetto) esso ci rappresenti il discorso di Papiniano: è un peccato anzi che Ulpiano, seguendo il suo abito di trascrivere, non abbia creduto di guastare con la sua non lodata prolissità la deliziosa breviloquenza papinianea. Papi-

niano asserisce che il marito deve avere il suo terzo. Di che cosa? Questo egli non lo dice; *ex ea pecunia* non indica il dividendo. Il giureconsulto per significare questo avrebbe dovuto dire *eius pecuniae*, secondo la giusta osservazione dello Schrader già fatta in antico dal Suerin. *Ex ea pecunia* indica la somma che il marito ha nelle mani, che risulta dai due fattori della vendemmia, del quarto della mercede riscosso: egli deve avere il suo terzo *da* quella somma o *su* quella somma (*ex ea pecunia*), non già il terzo *di* quella somma (*eius pecunia*). Ciò che importa al giurista di stabilire è, ripeto, che non si deve costituire la massa con un reddito solo, prendendo le mosse *ex die locationis*, ma confondere la vendemmia con la mercede della messe, come al § 3 ribadisce che si debba confondere la *pecunia messium* con la *spes futurae vindemiae*.

Questo testo di Papiniano non è stato per vero una benedizione per la scienza del diritto romano, e non è il solo. È impressionante il constatare come gli scrittori di diritto civile — salvo le oscillazioni rilevate nel caso di concorso di redditi naturali con redditi civili — non abbiano errato mai nello stabilire il criterio della costituzione della massa de' frutti da dividere, e quindi nell'operare la divisione sulla base più logica ed equa. La controversia romanistica, o almeno il punto centrale di essa, cioè il domma della mescolanza di due raccolti, quello che è percepito effettivamente e quello che matura nell'ultimo anno, che dà luogo ad una serie svariata di teorie sul modo di operare questa mescolanza, sfugge agli scrittori di diritto civile, e il mio scritto che pone a raffronto il diritto romano e il diritto civile è ignoto anche agli ultimi civilisti, come il Ricci e il Bianchi. Ma l'aver abbandonato il terreno di quella controversia non si può dire che abbia nociuto. Questa rivincita del buon senso ignaro di fronte all'ossessione de' romanisti, fissati nell'esegesi di un testo di Papiniano per lo meno troppo conciso, ha una significazione grave, che non può esser velata.

L'esegesi (e ciò valga anche per l'odierna esegesi critica) è un preziosissimo strumento, ma il sano criterio vince qualunque esegesi].

8. Poche parole sopra una duplice divergenza che il diritto moderno presenta dal diritto romano. L'anno, presso di noi, non incomincia più al momento dell'effettiva trasmissione del fondo dotale, bensì al momento della celebrazione del matrimonio. Io credo che a questa alterazione abbia indotto la maniera confusa in cui dai commentatori si esprimeva il principio romano, perdendosi a stabilire il rapporto della tradizione colla costituzione della dote e col principio del matrimonio e distinguendo e suddistinguendo senza scopo. In realtà la trasmissione effettiva del fondo dotale è per diritto romano l'unico e generale inizio del periodo fruttifero: poichè con piena ragione si richiede e che il fondo sia destinato a sostenere i pesi del matrimonio e che il godimento con tale destinazione sia principiato. Ora prima del matrimonio il fondo, anche se trasmesso e dichiarato dotale, non è dotale; dopo il matrimonio, anche se costituito in dote, non n'è cominciato il godimento, ove non sia trasmesso. Un falso desiderio d'unità menò adunque i legislatori moderni a mutare l'inizio dell'anno; il che genera iniquità con lieve riflessione facili a rilevare.

Ma più che il desiderio vano di unità una certa incoscienza portò a stabilire come misura fissa l'anno. Se il periodo fruttifero è maggiore o minore dell'anno come si procederà? Si potrà applicare il diritto romano? La questione è stata fatta per i periodi maggiori dell'anno, come i tagli quinquennali delle foreste. Troplong e Zachariae son d'opinione che l'art. 1571 non vi si possa applicare: ma tutti gli altri scrittori, mossi dall'iniquità del risultato, sostengono, conforme ai principî romani (1), il contrario.

---

(1) Cfr. L. 7, §§ 7-8, D. *sol. matr.*, 24, 3.

E io credo che abbiano ragione questi ultimi, perchè anche presso di noi l'anno dev'essere inteso equamente e seguendo più lo spirito che la lettera della legge.

A ogni modo, sia il difetto notato di forma o di sostanza, di entrambe queste innovazioni — che del resto più che tali sono il prodotto di una mala intelligenza del diritto romano, come il vizio più grave della duplice scadenza de' frutti naturali e civili nell'usufrutto — non dobbiamo punto esser grati al legislatore francese e al nostro.

V.

L'origine dell' " Hereditas „ e dei " Legata „ nel diritto successorio romano (1).

A proposito della regola " Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest „.

Sommario: 1. Il concetto dell'origine della successione patrimoniale dalla successione sovrana. I precursori dell'idea. La regola *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* — 2. Carattere della società primitiva. Natura uniforme de' diversi gruppi sociali (presso i Romani: *familia*, *gens*, *tribus*, *civitas*). Duplice corrente donde può derivare il diritto successorio: I. Designazione del successore nella sovranità del gruppo; II. Donazione de' beni individuali a causa di morte. Esame della prima: sistemi storici per la designazione del successore nel potere sovrano. — 3. Nello Stato romano ebbe vigore in ogni epoca un sistema misto, nel quale però il momento caratteristico e perenne è la *designazione fatta dal predecessore.* — 4. Tesi: l' « *hereditas* » *deriva dalla successione originaria nella sovranità entro la famiglia romana.* Si argomenta dal sistema prevalente di designazione dell'*heres* (designazione fatta dal predecessore e testamento). — 5. Si argomenta dal contenuto dell'*hereditas* e dalla sua storica *involuzione.* I *sacra* e la tutela. La *successio in universum ius.* — 6. Si argomenta dalla struttura dell'*hereditas.* Esame de' principî caratteristici: natura e *involuzione* storica. — 7. Risultato del presente studio pel concetto dell'*hereditas* nel diritto ultimo. — 8. Esame del diritto comparato: il diritto successorio degli altri popoli deriva d'ordinario dalla seconda corrente (donazione de' beni individuali a causa di morte). Dalla stessa corrente proviene il diritto romano de' legati. Fusione de' legati col testamento. — 9. Riscontro della nostra opinione sull'origine de' legati coi risultati dello studio del Fadda.

1. La tesi che intendo svolgere nel mio scritto presente è che l'*hereditas* romana (e intendo l'*hereditas*, cioè la vera

(1) [Dal *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, IV (1891) pag. 97-143. Nuova è l'introduzione (n. 1); il resto quasi intatto, salvo le osservazioni aggiunte tra parentesi quadre].

successio mortis causa nel senso romano, non i legati), la quale nel periodo storico è, se non esclusivamente, per lo meno essenzialmente, organo di trasmissione patrimoniale, fosse nelle origini trasmissione di potere sovrano; s'intende potere sulla famiglia cui l'*hereditas* è congiunta.

Si potrebbe anche esprimere lo stesso concetto nel seguente modo: l'*hereditas* è stata sempre nel diritto romano una trasmissione della *familia:* trasmissione della *familia* nel senso di patrimonio nell'età storica, trasmissione della *familia* nel senso di complesso di persone e di beni oggetto della potestà unitaria del capo-casa nelle origini; anzi si potrebbe in questa conservazione della terminologia trovare un argomento per la tesi qui sostenuta. Ma nell'uso appunto di questa terminologia io mi propongo di esser prudente, giacchè è facile impigliarsi in equivoci, cadere in sofismi per omonimia, violando la legge de' tempi, e turbando l'opposizione precisa che esiste nel diritto classico tra gli elementi della *familia* e gli elementi dell'*hereditas*, di cui forse l'esempio più tipico è l'antitesi tra sepolcri familiari e sepolcri ereditari.

La nostra idea ebbe i suoi precursori. Essi sono per vero due soli, ma ci offrono per avventura due nomi luminosi, forse i due più luminosi per lo studio delle origini. L'uno è Giambattista Vico, il più grande pensatore nostro e per avventura il più grande intelletto filosofico che abbia avuto la storia, il quale esprime questo concetto con somma nettezza in varî punti della *Scienza nuova*. Riferisco integralmente questo passo, che mi sembra il più efficace: « Gli Eroi si dovettero dire in sentimento di «signori delle famiglie», a differenza de' famoli, i quali, come vedremo appresso, vi erano come schiavi; siccome in tal sentimento *heri* si dissero dai Latini e indi *hereditas* fu detta l'eredità, la quale con voce natia latina era stata detta *familia*. Talchè da questa origine *hereditas dovette significare una dispotica signoria;* come da essa Legge delle XII Tavole ai padri di famiglia fu conservata una sovrana potestà di disponerne in testamento, nel

capo: *Uti pater familias super pecunia tutelaeve rei suae legassit ita ius esto.* Il disponerne fu detto generalmente *legare*, ch'è proprio de' *Sovrani;* onde l'erede vien a essere un legato; il quale nell'eredità rappresenta *il padre di famiglia* (1) *defunto;* e i figliuoli non meno che gli schiavi, furon compresi ne' motti, *rei suae* e *pecuniae.* Lo che tutto troppo gravemente n'approva la *monarchica potestà* che avevano avuto i Padri nello stato di natura *sopra le loro famiglie*, ecc. » (2).

L'altro autore è il Sumner Maine, il quale espresse però fugacemente il concetto e in una forma più limitata e meno perspicua: « Il testamento primitivo era un atto o una procedura per regolare la trasmissione della famiglia » (3). Debbo confessare che quando mi accinsi a scrivere sul tema io non avevo presente nè le dichiarazioni del Vico, nè l'affermazione del Maine (4). Che l'ultimo autore, che in quegli anni io avevo avuto tra le mani, abbia, sia pure inconsciamente, agito sul mio spirito, è tuttavia possibile: più

---

(1) Notisi: il *padre di famiglia*, non la *persona!* La rappresentanza del defunto da parte del successore ha senso se si riferisce al successore di un subbietto investito di un potere sovrano, cioè ad un potere immanente e indipendente dal titolare temporaneo: è un non senso invece riferita ad un subbietto di diritto privato. V. in seguito lo studio sul concetto dommatico dell'eredità.

(2) Giambattista Vico, *Principî di una scienza nuova*, lib. II, sez. III, ediz. Niccolini, Bari 1913, vol. II, pag. 376-378. Alle parole « dispotica signoria » l'editore annota: « Conseguenza che trae il V. senza sussidio nelle fonti (l. c., pag. 377, n. 3) ». Io stesso non saprei donde il V. sia stato indotto a questa concezione, altrimenti che dalla sua visione prodigiosa della società primitiva.

(3) Maine, *Ancien droit*, trad. fr. Courcelle de Seneuil, 1874, pag. 181.

(4) La mia attenzione sul Maine fu richiamata dal Costa nel suo scritto *Papiniano*, lib. III, pag. 199, nota 42.

Quanto alla concezione, così netta e profonda, del Vico, essa fu avvertita e svolta solo in tempi recenti dal Baviera, *Giambattista Vico e la Storia del diritto romano*, Palermo 1912, pag. 25 (Prolusione al corso di Storia del diritto romano nell'Università di Napoli), e da Benvenuto Donati, *Successione testata e giustizia distributiva*, « Athenaeum », Roma 1914, n. 4, 5, 6, pag. 2 e segg.: cfr. specialmente le note 30-34.

difficile è la cosa col Vico, col quale assai minore era la mia familiarità. Ma poichè anche il Maine, data la scarsa fortuna del Vico, dovuta in parte al suo stile, non aveva certo presente il Vico, questa ignoranza per lo meno può giovare a stabilire una duplice coincidenza, non priva di valore pel concetto stesso. La coincidenza è forse triplice, perchè al Maine e al Vico si potrebbe forse aggiungere il Post, il quale dopo di me stabiliva, pur egli indipendentemente e ripetutamente, la coincidenza primitiva della successione alla sovranità con quella patrimoniale (1). Se non che la ricerca del Post ha carattere generale, non concerne punto il diritto romano.

Altri precursori io non debbo richiamare. Nella scienza romanistica, anche in quella moderna, non un solo autore formulò questo concetto, il che di fronte alla mia dimostrazione, che è tutta desunta dall'organismo dell'istituto romano, può sembrare meraviglioso, ed è certo un indice che in questo studio organico e naturalistico delle istituzioni noi siamo agli inizî.

In seguito al mio studio vennero bensì richiamati altri nomi, ma per mero equivoco. Si è fatta, per esempio, una confusione nell'obbietto della successione e i subbietti chiamati a essa: e poichè una schiera di scrittori, ritenendo, conforme alla teoria dominante, che nell'età primitiva i beni appartengano ai figli, alla famiglia, nè è lecito al capo-casa di disporne liberamente a favore di estranei, esprimono questo concetto con dire che la successione è familiare, è stato inteso talora che questi autori esprimessero già il concetto che l'oggetto dell'eredità fosse la famiglia originaria nel senso più ampio, cioè comprendente tanto i beni quanto le persone: esempio, e non il più grave, degli abbagli cui l'uso di questo termine conduce.

---

(1) Post, *Grundriss der ethnologischen Iurisprudenz*, 1894-95; vol. I, § 163; vol. II, §§ 38, 41, 43, 44; trad. it. Bonfante e Longo, I, pag. 186; II, pag. 126, 133, 144, 149.

Un abbaglio meno grave, anzi solo fino ad un certo segno un abbaglio, commisi io stesso nel richiamare per questa idea, tratto inconsapevolmente dal desiderio di appoggiarmi a un'autorità, il nome di Vittorio Scialoja. Il germe della mia concezione è nel carattere politico della famiglia antica, sul quale Scialoja insistè in conversazioni private con me, argomentando principalmente dalla *noxae deditio:* inoltre la spiegazione del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, che costituì per me il punto di partenza di questa ricerca e il cardine dell'argomentazione organica, ebbe suo stimolo dalle lezioni di Vittorio Scialoja. Nondimeno nel concetto della successione Scialoja era ancora sul terreno patrimoniale, e la spiegazione della massima predetta veniva da lui ritrovata, senza abbandono del punto di vista patrimoniale, nel fatto che l'*heres ex testamento* sostituisce il *suus* che manca fisicamente e giuridicamente, è parificato a esso, ed è perciò che esclude gli agnati e i gentili. Ecco come egli si esprimeva nel suo corso di successioni dettato nell'Università di Roma l'anno 1886-87: « Di questa regola antichissima si deve ricercare l'origine nell'antichissimo diritto. Essa, a mio credere, dipende dall'antico concetto sulla successione universale e si riconnette a una regola affatto opposta del primitivo diritto. Riducendo la cosa a un paradosso, può dirsi che in tanto *Nemo pro parte*, ecc., vale a dire in tanto la successione testamentaria è più forte della intestata e la esclude, in quanto la successione legittima è sino a un certo punto più forte della testamentaria. Infatti che la successione testamentaria sia più forte della legittima è vero quando si arriva all'*agnatus proximus*. Ma prima di questo vi è il *suus*, vero tipo dell'erede *ab intestato*, il cui diritto prevale al diritto dell'erede testamentario o escludendolo o riducendolo..... Solo per mancanza fisica o giuridica (diseredazione) di eredi *sui* si poteva chiamare un estraneo. Dunque l'esservi eredi testamentari esclude bensì il diritto degli eredi *ab intestato;* ma in tanto vi sono eredi testamentari, in quanto non vi sono i principali fra gli

eredi *ab intestato*, vale a dire i *sui*. Quando mancano i *sui*, il *paterfamilias* può ottenere che la famiglia perduri chiamando un erede estraneo per testamento, vale a dire attribuendo a questo le qualità di erede domestico..... Ma dati tali concetti di successione radicati nello spirito di tutto un popolo, quando la legge prescrive che, *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto*, questa frase significherà precisamente che non si chiama l'agnato, perchè vi sono eredi *sui* o testamentari, vale a dire che quando uno dispone per una quota parte della sua eredità, l'erede istituito ottiene tutta l'eredità; vale a dire che *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* » (vedi *Lez. di dir. rom. litogr.*, a. 1886-87, pag. 136-139).

Per la prima volta l'idea fu formulata da me nel 1888 in due scritti, nel secondo de' quali (*Le res mancipi e nec mancipi*) io soggiungeva un primo tentativo di dimostrazione.

Bonfante, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. I (1888), pag. 249-250 (v. *supra*, p. 14): « L'origine e la ragion vera di un principio così travagliato a noi paiono derivar chiaramente dal concetto politico della famiglia. La successione originaria è più che altro successione nella sovranità; quindi sorge naturalmente l'incompatibilità delle due successioni, perchè l'investito del potere sovrano non può esser designato in due forme diverse, e sorge la prevalenza della testamentaria, che in origine vi fu, e poi si suppose esservi, solo mancando successori naturali ».

Bonfante, *Res mancipi* e *nec mancipi*, Roma 1888-89, pag. 321-322 (testo e nota): « Il sistema successorio è tutto un organismo di diritti, che ha la sua genesi e la sua base nella costituzione della società primitiva..... La successione non può essere e non è nelle origini che il trapasso di quelle funzioni, sieno la proprietà sociale, sieno altri uffici, che abbiano carattere di uffici sociali, come, a esempio, il culto, d'uno in altro subbietto, ovvero, all'estinguersi del gruppo, d'uno in altro gruppo..... Ma sin dalle origini il signore del gruppo, come ha facoltà di adottare un estraneo, cioè riconoscere a un estraneo la qualità di membro del gruppo

e suddito suo, così è certo che, almeno in determinate condizioni o in date società, ha facoltà di designare il suo successore nella potestà sovrana.

« Io credo che l'analogia dell'adozione col testamento sia piuttosto una guida fallace che istruttiva..... L'adozione è l'ammissione di uno straniero nel gruppo e può essere paragonata nell'organismo politico-civile o statuale alla concessione della nazionalità o cittadinanza, il testamento è la designazione del successore nella potestà sovrana. D'altra parte non è verosimilmente esatto il ritenere che l'adozione primitiva si facesse regolarmente in mancanza di successori naturali. In un tempo in cui l'individuo, non essendo cittadino di uno Stato, doveva necessariamente essere membro de' varî gruppi anteriori allo Stato, l'aggregazione di individui per avventura isolati alle *gentes* e alle *familiae* doveva essere fatto necessario e frequente, anzi ben più frequente che non sia l'aggregazione di stranieri negli Stati civili odierni.....

« Ma, chi ben consideri, se l'adozione primitiva ha un riscontro nell'organismo dello Stato, anche la designazione del successore trova nell'organismo statuale della *civitas* romana un bellissimo riscontro in quella norma costante del diritto pubblico romano, per la quale il precedente sovrano, e non solo il re, ma il console dappoi e l'imperatore designano il loro successore, il quale è appresso investito legalmente dal *populus* o dalla *civitas* del titolo della sovranità ».

Tuttavia l'influenza morale di Vittorio Scialoja agì su di me anche in questa fase, poichè, sebbene io avessi svolto largamente il concetto nel mio primo corso di Lezioni, io esitava, specialmente per la natura della dimostrazione, a renderlo di pubblica ragione, nè l'avrei fatto, come non pubblicai la mia prolusione tenuta all'Università di Messina sulla struttura e le funzioni negli istituti giuridici, se non mi avesse incoraggiato il mio maestro, dopo che egli alla sua volta lo ebbe formulato e colorito in una comunicazione tenuta nel marzo 1890 presso l'Istituto di diritto romano, e riassunta ne' seguenti termini: « I Romani non considerarono mai l'eredità

come successione meramente patrimoniale ne' singoli beni..... Secondo la costituzione della famiglia romana, nella successione ereditaria si tratta sovrattutto del diritto familiare; era la successione nella sovranità domestica. Il nuovo sovrano della famiglia ne assumeva tutti i diritti e ne assumeva il patrimonio. Al governo e alla prosecuzione della famiglia le XII Tavole nella successione *ab intestato* chiamavano il *suus* e nessun altro: *agnati* e *gentiles* sono chiamati in altra forma; essi non mantengono la famiglia, ma l'assorbono. *Heres* in antico doveva significare il *suus* succedente nella sovranità familiare, senza che il carattere patrimoniale avesse molta importanza... Nominare un *heres* era dunque eleggere il successore nel governo della famiglia; perciò per tanto tempo tutta la validità del testamento dipese dalla parola *heres;* perciò la prevalenza di questa parola sugli stessi rapporti patrimoniali nella *institutio ex re certa*, ecc. L'*heres* eletto dal testatore era adunque parificato al *suus:* e come l'esistenza del *suus*, mantenendo l'indipendenza della famiglia, ne impediva l'assorbimento per parte degli agnati, così pure l'esistenza dell'*heres* testamentario » (1).

Debbo ancora osservare in via preliminare che, dato il concetto della successione sovrana, la preminenza del *suus* in antitesi all'erede testamentario, come la ponevamo Scialoja e io stesso nel mio primo scritto (non più nelle *res mancipi*), non è esatta o piuttosto la logica situazione delle cose è mal posta. Dal mio punto di vista il problema della precedenza storica dell'una o dell'altra forma di successione, la testamentaria o la legittima (secondo un linguaggio che non è romano) svanisce. Che nella famiglia primitiva non si chiami alla successione un estraneo è esatto, ed è in questa misura esatto il dire che la successione primitiva è esclusivamente familiare, è *domestica hereditas:* ma non è punto esatto nel senso che debbano esser chiamati *tutti i figli* del defunto a parti eguali nel patrimonio. Il testamento romano ha per

(1) V. *Bullett.* cit., vol. III, 1890, pag. 76-77.

iscopo non di chiamare un estraneo, ma uno de' *sui*, il più degno, il più caro: e questo scopo lo conserva nella nuova funzione dell'eredità, anche nel diritto classico. *Heres* è di regola nelle nostre fonti uno de' figli: gli altri figli, specialmente le femmine, sono esclusi dall'*hereditas* (*exheredes*), il che non significa per essi una condanna e un'onta, perchè le loro ragioni patrimoniali sono soddisfatte con la dote o con legati. In altri termini il testamento adempie, presso il popolo romano, la funzione che presso altri popoli adempie la primogenitura. Ecco il modo col quale deve esser integrata la tesi dell'origine della successione patrimoniale dalla successione sovrana, unificando l'istituto primitivo.

2. La successione del diritto privato romano è, per mio avviso, un esempio, e il più meraviglioso forse, di tutto un organismo di diritti che ha la sua genesi in una costituzione sociale, in uno stato di cose anteriore e col tramontare di quella costituzione sociale non si cancella, ma impara a servire a tutt'altro scopo, a soddisfare nuovi bisogni, pur mantenendo lungamente intatta la sua costruzione originaria, e lungamente intatti per conseguenza tutti i suoi principî, finchè a poco a poco la nuova funzione li inaridisce, li consuma, li distrugge e coll'andare del tempo trasforma completamente la natura dell'istituto; legge e fenomeno sociale che trova il suo perfetto riscontro nel campo della biologia (1). Tutta la società primitiva — io dico primitiva, seguendo il linguaggio comune; nelle mie *Res mancipi e nec mancipi*, dovendo presentare anche la società veramente primitiva, chiamavo quella Medio Evo della umanità — ci offre una serie successiva di gruppi sociali, l'uno al di sopra dell'altro, che si costituiscono, si muovono, vivono come una società moderna organizzata a Stato. I più

(1) Alludo al *principio della trasformazione delle funzioni* (*Das Princip des Functionswechsel*), formulato e illustrato dal biologo Anton Dohrn in un'opera pubblicata a Lipsia nel 1875.

ristretti gruppi della primitiva stirpe latina erano la *gens* e la *familia*, l'uno rappresentante il primigenio gruppo nazionale, nel quale il capostipite presunto è leggendario o immemorabile; l'altro, il primigenio gruppo familiare. Quest'ultimo doveva originariamente esser costituito da tutto il corpo agnatizio, cioè da tal gruppo nel quale il capostipite presunto è estinto, ma noto, e solo nella prima età romana, non senza un'azione diretta dello Stato, si sciolse nelle *familiae* del tipo romano classico (1). A ogni modo l'organismo della *familia*, anche nel tipo romano classico, è tanto distinto da quello della società familiare moderna (la quale ultima non ebbe nome in Roma, perchè non ebbe se non assai tardi e parzialmente un'esistenza indipendente dalla *familia* e regolata dalla *civitas*), che il confondere l'una coll'altra reca non soltanto una confusione stupenda nella storia del diritto romano, ma puranco nell'intelligenza dommatica degli istituti romani. Mio padre (supposto che io abbia un padre romano) potrebb'essere un *filiusfamilias* e io, suo figliolo, un *paterfamilias;* mia madre potrebbe esser così straniera affatto alla mia *familia* come parte della medesima quale *filiafamilias* di mio padre o mio nonno, pure essendo sempre nella stessa relazione colla società familiare; il mio figliuolo davvero può essere *filiusfamilias* d'altri. Onde io credo di non aver fatto male a separar nettamente e recisamente, pur nel mio corso dommatico di Istituzioni, la *familia* dalla società familiare, distinguendo il fondamento, i principî dell'una e dell'altra, i diritti che si riconnettono alla *familia* e quelli che si riconnettono alla società familiare o famiglia nel senso moderno; i quali ultimi sono principî e diritti, che si svolsero via via o per diretta

---

(1) Bonfante, *Res mancipi e nec mancipi*, Roma 1888-89, pag. 292-305. [Le ragioni, ispirate sovrattutto al diritto comparato, che m'inducevano a porre al di sotto della *gens* uno speciale gruppo agnatizio nell'età romana primitiva o preromana, non hanno più ora sul mio spirito un gran peso. Io son piuttosto incline a credere che questa più vasta famiglia primitiva sia la *gens*. Ma ciò non arreca nessuna modificazione alla tesi].

creazione della *civitas* o perchè la *civitas* trasformasse in *iura civilia* i *mores* della *familia*, entro cui viveva per l'innanzi la società familiare. E m'occorse anche di distinguere infine una terza categoria di diritti, che, dapprima connessi colla *familia*, a grado a grado vennero ad esser ricollegati, per servire a tutt'altro scopo, all'organismo della società familiare: trasformando anch'essi via via la genuina originaria struttura per effetto della nuova funzione assunta. Tali l'istituto della tutela, dell'adozione e il nostro diritto di successione.

Ora nello stato sociale primitivo noi troviamo due istituzioni, che potrebbero essere entrambe il germe del diritto successorio, e sono le seguenti:

I. Il trapasso de' beni individuali, cioè de' beni che non costituiscono la proprietà sociale del gruppo, da un individuo defunto, sia il signore, sia un membro qualunque del gruppo, ne' suoi discendenti o l'assegno che egli ne faccia ai medesimi o anche ai suoi amici; poichè suol essere libero di disporre di beni individuali a favore di estranei, anche in un momento anteriore, veramente primitivo.

II. Il trapasso della sovranità, con tutte le sue funzioni connesse, da un signore del gruppo in un nuovo signore, e, in caso di estinzione del gruppo, l'assorbimento di ciò che rimane oltre alle persone in un altro gruppo.

Da quale di queste due correnti ebbe origine il diritto successorio romano? Ecco il problema molto semplicemente posto, poichè a questo bivio non si sfugge.

Prima di esprimere la nostra opinione e dimostrarla, esaminiamo la figura in apparenza più remota dal diritto odierno di successione, cioè la seconda, il trapasso della sovranità. Come si attua questo trapasso, quali sono le primarie forme di designazione del sovrano?

L'esame de' fatti ci mostra le seguenti:

I. Quella che può dirsi la *designazione naturale*. È sovrano colui che alla morte del predecessore si trova a essere ascendente maggiore, ovvero il primogenito ne'

gruppi agnatizi, ovvero, ne' gruppi più vasti, il primogenito di un gruppo minore.

II. La *designazione elettiva* in varî modi. Per esempio, i membri di gruppo o un'assemblea composta de' singoli capi de' gruppi che compongono un'agglomerazione maggiore si eleggono il sovrano.

III. La designazione fatta dal precedente sovrano o *designazione del predecessore.* Ne' popoli orientali questa designazione assume la forma sacra della *benedizione solenne.*

Abbiamo poi le combinazioni delle forme precedenti. — I. Combinazione *della designazione naturale colla designazione elettiva.* Il sovrano viene eletto, ma eletto tra i membri di un dato gruppo. — II. Combinazione *della designazione fatta dal predecessore colla designazione elettiva.* Il sovrano è designato dal predecessore, ma eletto dai membri del gruppo, con prevalenza o importanza effettiva dell'un momento o dell'altro, secondo i casi. — III. Combinazione *della designazione fatta dal predecessore colla designazione naturale.* Il sovrano è designato dal predecessore, ma tra i membri di un dato gruppo.

Riferire esempi di tutti questi varî sistemi nelle diverse società primitive è inutile. Essi si alternano, si scambiano e trovasi di preferenza l'uno presso tal popolo, l'altro presso tal altro popolo, come pure qualche popolo ondeggia lungamente prima di trovare il suo. E trovansi (cosa ben naturale per noi) gli stessi sistemi e gli stessi ondeggiamenti e la stessa storia pur oggi nelle successioni dei sovrani di Stati; anzi le forme della designazione del sovrano sono un criterio per distinguere le forme degli Stati, e, prendendo le cose all'ingrosso, la designazione naturale pura si contrappone alla pura designazione elettiva come fonte l'una della monarchia, l'altra della repubblica, secondo i concetti essenzialmente moderni di queste parole (1).

---

(1) [V. ora una classificazione analoga in Post, *Grundriss der ethnol. Iurispr.*, 1894-95, vol. I, §§ 65 e 109; trad. ital. Bonfante e Longo, pag. 190; 342-344].

3. A quale di questi varî sistemi per la designazione del sovrano si dava la preferenza nella società romana? Intanto per la *civitas*, la suprema agglomerazione sociale che costituì poi lo Stato romano, la cosa è abbastanza chiara, per quanto solamente studiosi moderni del diritto pubblico romano l'abbiano messa in luce o piuttosto l'abbiano formulata patentemente. Lo Stato romano in tutte le varie sue fasi non fu mai veramente nè monarchia nè repubblica nel senso moderno. Non fu mai in vigore in modo assoluto presso i Romani nè il sistema della designazione elettiva, nè il sistema della designazione naturale. Il tipo romano è invece uno de' tipi combinati, nel quale però il momento caratteristico e perenne è *la designazione fatta dal predecessore.* Così nella monarchia la designazione fatta dal predecessore — *rex* o *interrex* — si combina con certe forme di elezione e investitura popolare e coll'*auctoritas patrum.* Così pure nella repubblica è bensì il popolo che elegge il magistrato, ma è pur sempre il predecessore che lo designa all'elezione popolare; nè questa designazione si ridusse a una mera forma giammai. Anzi in talune magistrature l'elezione non entra per niente, è la designazione del predecessore che investe *ipso iure* il nuovo magistrato: valga un esempio per tutti, il dittatore eletto dal console. E pel contrasto del momento elettivo colla designazione fatta dal predecessore. si ricordino le leggi, che resero elettivi il collegio tribunizio, i collegi sacerdotali, i questori, i tribuni militari e le sporadiche elezioni de' dittatori. Ma di nuovo la designazione fatta dal predecessore, che s'era indebolita nella seconda êra repubblicana, ripiglia vigore nell' età imperiale. L'imperatore è principalmente designato dal suo predecessore: segue poi la conferma del Senato. In tutta la storia dell' Impero — ove si lascino da parte le usurpazioni per vero abbastanza frequenti de' pretoriani e delle milizie — questa tradizione giuridica non è mai smentita. Essa è continuata, anche dopo la caduta dell'Impero occidentale, nel tanto obliato e denigrato Impero bizantino.

Che più? Anche nelle tumultuarie proclamazioni fatte dai pretoriani o dalle milizie, anche in quelle che seguono l'assassinio dell'imperatore, i soldati e persino i cospiratori bene spesso si attengono o spargono di attenersi alla designazione fatta dall'ucciso negli ultimi istanti. Dinastie propriamente dette non ve n'è forse una sola, almeno in tutto l'Impero occidentale, perchè nessun imperatore ebbe il proprio titolo dall'esser figlio o parente del suo predecessore; anche i figli hanno assicurato l'Impero mediante l'assunzione a colleghi o la designazione, ed è per simile titolo, non per la qualità di primogenito, che Tito assume la porpora invece di Domiziano; ben altro, la coscienza del proprio diritto di designazione e anche del proprio dovere, può indurre l'augusto regnante a designare uno straniero al suo sangue (1).

Lo Stato romano adunque, la *civitas*, ossia il diritto pubblico di Roma, mostrò sempre una prevalente simpatia per la designazione fatta dal predecessore.

Sorge spontanea l'idea che il sistema prevalente entro i gruppi minori, che avevano in fondo la stessa natura della *civitas*, non si allontanasse molto dal sistema della *civitas*. Ma noi possiamo prescindere dall'esaminare le probabilità di questa induzione ne' gruppi che erano al disopra della

---

(1) Gli storici antichi e moderni chiamano queste designazioni imperiali col nome di adozioni. Non sarà male pertanto di ricordare che queste pretese adozioni non furono mai vere adozioni, cioè non si osservarono *mai* le forme legali dell'adozione [io dubito che si debba fare un'eccezione per Tiberio (cfr. Suet., *Tib.*, c. 15); che *scientemente* quelle forme si omettessero lo mostra l'adozione di Pisone: Tac., *Hist.*, 1, 15, e meglio ancora 1, 17], nè sempre le condizioni sostanziali della stessa. Il preteso figlio adottivo può essere il fratello dell'imperatore — per esempio, Lucio Vero (*adoptatus a Marco:* Spartianus, *Aelius*, 5, 12; cfr. Iul. Capitolinus, *M. Antoninus*, 7, 7; *Verus*, 2, 2), che per giunta aveva qualche anno più di Marco Aurelio e veniva sempre detto suo fratello (*Divi fratres*) — ed è sovente quasi coetaneo e talora assai più vecchio del preteso padre adottivo — per esempio, Claudio il Gotico designato da Gallieno morente. — Nè si rispettarono meglio le conseguenze giuridiche dell'adozione: codesti figli adottivi sposano, come

familia, i quali, per essere stati sopraffatti ed esauriti dall'assorgere vigoroso della *civitas* romana sin dalla prima epoca, non fanno più al caso nostro. Fermiamoci invece al tipo della *familia* classica, *proprio iure*.

4. La *familia* è l'unico gruppo che perpetui nella progredita società romana l'immagine di quegli organismi primitivi, conservando in larga misura l'organizzazione e le funzioni di quelli, cioè tale organizzazione e tali funzioni che hanno perfetto riscontro colle civili e verranno infatti dalla *civitas* logorate o avocate a se stessa. Come tale, essa ha un sovrano, il *paterfamilias* o signore della *familia*. Questo sovrano deve avere un successore, cioè mutarsi via via. Chi è? come si chiama questo successore nella *manus* o *potestas*, cioè nella somma di poteri corrispondenti alle funzioni della *familia*? Nella *familia* classica, alla morte del *paterfamilias*, ciascuno de' *sui* più prossimi diventa un sovrano, « singuli singulas familias habent »: soltanto il *paterfamilias* può costituire un solo tra i *sui* o un estraneo *heres* nel patrimonio. Ma nell'età primitiva, quando il gruppo agnatizio (o gentilizio) era ancora in piedi, successore nella sovranità non doveva essere altri che l'*heres*. Vediamo ora se il modo generale di designazione dell'*heres* anche nel diritto classico, se il con-

---

già Servio Tullio, la figlia del preteso padre loro — così fece, a esempio, lo stesso Marco Aurelio — conservano il loro patrimonio e non ereditano quello dell'adottante.

Perciò già Cuiacio (*Observ.*, VII, 1, 7) negava recisamente a questi atti il carattere di adozioni vere e proprie. Altri, come il Cannegieter (*Observ. iuris rom.*, II, 20, pag. 221-225) vollero giustificarle, ma senza preoccuparsi della mancanza di requisiti e delle forme essenziali. Se pure si vogliano chiamare adozioni speciali o adozioni di diritto pubblico, come usano anche taluni illustri pubblicisti, per esempio il Bluntschli, non si risolve già la questione, ma si fa uso di uno spediente, per cui sfugge la vera essenza dell'atto.

Analoga è la confusione che, a parer mio, fanno gli studiosi delle cose primitive tra l'adozione e il testamento romano. Contro di che vedi lo stesso mio scritto *Res mancipi*, pag. 322, nota [riferita più sopra, pag. 107].

tenuto, specialmente il più antico contenuto dell'*hereditas*, se infine i principî che regolano l'*hereditas* nel diritto romano ci permettano di concludere che l'*hereditas* primitiva non avesse altro scopo che quello di operare il trapasso della sovranità.

E dapprima il modo di designazione. Questo *heres* nel diritto storico è il più immediato discendente del *paterfamilias* — gli *agnati* e *gentiles* non sono detti *heredes* nelle XII Tavole — o una persona designata dal *paterfamilias*, come avviene col testamento [persona, che si deve supporre essere l'un de' figli o il figlio maschio, com'è di regola nello stesso diritto classico]. Ma quest'ultimo sistema è assolutamente in prima linea nella società romana, e più si torna indietro più si ritrova profondamente radicato, forte, assoluto: coloro che vi resistono inventano di sana pianta per amor del diritto comparato male inteso. Adunque, come nella *civitas*, così anche nella *familia* la designazione fatta dal predecessore sarebbe il sistema originario per la chiamata del sovrano succedente; e ciò è già grave argomento a ritenere che l'*heres* non fosse che il successore del *paterfamilias*, come tale il nuovo signore della *familia*.

5. Appresso: che cosa conferisce questa successione all'*heres* nel diritto storico? Ecco l'indagine circa il contenuto della *hereditas*, donde si potrebbe arguire in via diretta, se qualche elemento ce ne porge il modo, la funzione originaria. Certo in prima linea viene il contenuto patrimoniale: lo scopo più appariscente è il trapasso del patrimonio, al quale, in fondo, viene a restringersi quasi tutto il diritto privato. Ma noi siamo troppo avvezzi alla patrimonialità, perchè si possa scorgere d'un tratto come tutti gli altri elementi della successione ereditaria dovevano nel diritto più antico avere una molto maggiore importanza, un valore non solo formalmente, ma anche praticamente essenziale, e più del patrimonio. Anche nel diritto storico l'erede succede pure ne' *sacra* della *familia*: ora i *sacra* appunto, il culto

religioso, sono un elemento grave di tutti quegli organismi primitivi, una funzione della quale è investito il signore del gruppo, come in tutte le società politiche dell'evo antico, nelle quali l'elemento religioso è parte integrante del diritto pubblico e ufficio civile il sacerdozio. E se il culto familiare è diventato un peso al tempo di Cicerone, ciò è tanto più degno di pensiero, giacchè è evidente che l'*hereditas* si trae dietro con questo peso il *caput mortuum* d'un antichissimo passato. Sono questi ruderi, i quali ingombrano e fastidiscono l'ambiente sociale di un'altra età, che ci permettono di ricostruire l'immagine di quell'antichissimo passato, come il biologo dai rudimenti di un organo indovina la primitiva funzione di questo. E notevole argomento è anche lo sforzo faticoso de' pontefici, i quali, per evitare nel nuovo ordine di cose la caduta de' *sacra*, tentano a grado a grado di riaccostarli alla *pecunia*, attribuendone in via sussidiaria il peso anche ai legatari e ad altre persone che si avvantaggino del patrimonio del defunto: fenomeno pieno di ammaestramento, di cui si può seguire lo sviluppo dalla teoria ancor timida e imperfetta degli *antiqui pontifices* a quella più decisa e minuziosamente elaborata di Scevola e de' contemporanei di Cicerone. E nondimeno anche al tempo di Cicerone e nella dottrina di Scevola si ripete sempre in proposito: *Heredum causa iustissima est* (1).

---

(1) Intorno ai *sacra* e al loro rapporto col diritto successorio sono fondamentali i passi celebri di Cicerone, *De legibus*, l. II, c. xix-xxi, §§ 47-54. Ivi si descrive a larghi tratti tutta l'evoluzione de' *sacra* ereditari, e la dottrina de' pontefici tendenti a svolgere sempre più il nuovo principio, ch'era un loro portato esclusivamente (§ 52: « *sacra cum pecunia pontificum auctoritate, nulla lege coniuncta sunt* », e similmente al § 50), il peso molesto che essi erano ormai per gli eredi e la reazione de' giureconsulti contro i pontefici.

Su questi passi e in genere sulla materia de' *sacra* in connessione al diritto successorio, la ricerca storico-giuridica si è largamente esercitata. Se n'occupò in modo speciale il Savigny (*Verm. Schriften*, Berlin 1850, vol. I, pag. 151-199): e recentemente il Burckhard (*Zeitschrift der Sav.-Stift.*, IX, 1888, pag. 286-330). Ma coi concetti volgari del diritto ereditario romano lo spirito dell'istituzione è incomprensibile

Vero è che l'*heres* nel diritto classico non è investito della *manus* o *potestas* su tutti i membri che costituivano la *familia* del defunto. Pure a ogni modo egli è o diviene un *paterfamilias;* egli è, vale a dire, capo di una *familia* o diventa capo di un gruppo già dipendente dal defunto e parte della *familia* di questo e ora *familia* a sè. E se l'*heres* non succede nella *potestas* su tutti quanti i membri costituenti la *familia* del defunto, di questo è causa la scissione del gruppo agnatizio (o gentilizio), che fa indipendenti le *familiae* singole terminate a un capostipite vero o presunto. Quando il gruppo agnatizio (o gentilizio) era ancora in piedi, allora l'*heres* doveva essere investito anche della *manus* sugli altri membri del gruppo; la quasi totale assenza di ogni memoria della primogenitura, ch'è il modo comune della designazione naturale del sovrano ne' gruppi similari, si spiega e si concilia colla preva-

---

e manca pertanto una guida per intenderne rettamente la natura e l'evoluzione.

Colui che meglio d'ogni altro ha avvertito il punto vero della questione è forse il Lassalle, il quale, nel II volume della sua potente opera *System der erworbenen Rechte* (Leipzig 1880), intitolato *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung*, ma consacrato quasi per intero al diritto romano, dedica due capitoli (pag. 26-48) ai *sacra* e ai passi di Cicerone che vi si riferiscono; dichiarando che trattasi di questione oscura e finora inesplicata, secondo le teorie comuni. La spiegazione ch'egli ne dà si riconnette ai concetti generali, ch'egli svolge in tutto il volume circa il fondamento della successione romana. Il Lassalle avverte sin da principio (pag. 6) in forma generale che niente ha più oscurato la retta intelligenza del diritto romano come l'aver sempre l'occhio alla figura delle istituzioni nel diritto giustinianeo, la quale è soltanto il risultato ultimo di un lungo sviluppo storico: il modo poi col quale tratta l'eredità fa manifesto che quelle parole in lui sono un pensiero, non già una frase banale. Secondo il Lassalle, il concetto fondamentale dell'eredità nel *ius civile* romano è la perpetuazione del volere subbiettivo del defunto nell'erede e niente affatto l'idea di attuare un trapasso patrimoniale qualsiasi a causa di morte: tutta la base dell'eredità è la finzione che l'erede continui la volontà subbiettiva del defunto. Ma l'eredità subì a grado a grado una radicale trasformazione, la quale avrebbe veramente conferito alla medesima carattere patrimoniale; e questo nuovo carattere patrimoniale dell'eredità le sarebbe venuto da una lunga e faticosa lotta tra la volontà subbiettiva dell'ereditando e quella

lenza assoluta che ha nella società romana il sistema della designazione fatta dal predecessore. Del resto, di tale potestà dell'*heres* si conserva ancora nel diritto storico un pallido residuo, la tutela delle donne e degli impuberi. Come i *sacra*, essa pure costituisce un peso nel nuovo diritto — *onus tutelae* — ma è troppo provato che il carattere della tutela era ben diverso nell'antica età. Essa costituiva allora un vero diritto e una potestà dell'investito — e nella tutela muliebre, massime agnatizia, non si può nemmeno nel diritto classico dissimulare questa vecchia natura — ed era poi di tal vigore da assomigliare alla *manus*, come vien detta talora (Liv., 34, 2: *in manu parentum, fratrum, virorum*). Il nuovo carattere della tutela, ma in una la sua perdurante connessione coll'*hereditas*, è espresso in un noto adagio: *Ubi emolumentum hereditatis, ibi et onus tutelae* (1).

---

dell'erede. I *sacra* erano appunto un elemento della eredità secondo l'antico concetto; il ricongiungersi de' *sacra* via via più alla *pecunia* avvenne anch'esso in conseguenza di quella trasformazione dell'eredità.

Certamente noi non conveniamo col Lassalle nè circa il fondamento della eredità nell'antico diritto romano nè circa le cause della sua trasformazione. L'idea del Lassalle si può riconnettere alle forme, colle quali una numerosa schiera di scrittori si rappresenta la singolar natura dell'*hereditas*, cercando di conciliare la disarmonia che esiste tra la struttura e la funzione sociale con dire che essa è la successione nella personalità economica o patrimoniale del defunto. Il Lassalle ne separa assolutamente il lato patrimoniale per l'antico diritto; ma quel che vi sostituisce pel bisogno di concretare in qualche cosa lo scopo dell'istituto è una vuota astrazione, cioè peggio che niente.

Cionondimeno il Lassalle è pur l'unico che abbia risolutamente staccato l'eredità dal patrimonio, e questo momento negativo, il quale di per sè pare non debba condurre a niente, gli fa molto rettamente intuire la natura dello sviluppo storico dell'*hereditas* anche in rapporto ai *sacra*, e dovrebbe anche pel concetto nuovo dell'*hereditas* tenersi presente, giacchè, a causa della struttura dell'*hereditas*, lo scopo patrimoniale non è raggiunto se non indirettamente. Se non che per taluna o talune delle tante cose, come diceva il Manzoni, da cui dipende la fortuna degli scritti, l'opera del grande socialista tedesco non è niente considerata dai romanisti.

(1) [Aggiungiamo che gli stessi debiti non sono considerati dai Romani come elemento del patrimonio: anche negli acquisti generali questo comprende l'attivo, cioè il patrimonio, non la situazione patri-

Se non che lo stesso contenuto patrimoniale, per chi non voglia assolutamente lasciar sopraffare il giudizio dalla corrente delle idee tradizionali, non solo offre materia di dubitar seriamente che l'*hereditas* sia nata colla funzione di trapasso patrimoniale, ma può ben fornire direttamente una nuova serie di argomenti positivi per la nostra tesi.

Si sa che l'*hereditas* opera il passaggio a un altro subbietto di tutti i rapporti patrimoniali connessi a un subbietto (1), che nel caso è il defunto: il che si esprime dicendo che opera una *successio in universum ius* (*defuncti*). Come si effettui questa *successio in universum ius* non è il momento d'intrattenersene. Per quel che concerne la funzione, dobbiamo ora esaminare se cotesta ampiezza del contenuto dell'*hereditas* sia compatibile colla natura di tutti i diritti patrimoniali. Ora questo non è. Anche nel campo de' diritti patrimoniali ve n'ha di quelli che non potrebbero in niun modo essere trasmessi o che almeno non potrebbero essere trasmessi a una data persona, la quale, si dice, non ha il commercio di quei diritti. Così principalmente le azioni in genere e le obbligazioni. Nemmeno nel diritto romano più tardo ed evoluto è concepibile un trapasso patrimoniale nelle obbligazioni, e se praticamente si giunse a conseguire in parte un simile risultato, vi si giunse solo per via di spedienti, vi si giunse non troppo per tempo e lentamente; svincolandosi, sempre senza voler parere, dalle torte conseguenze, a cui la natura dello spediente forzosamente traeva. Che, anzi, la figura adoperata può fornire una similitudine colla trasformazione di funzioni che sosteniamo per l'*hereditas;* soltanto, relativamente a quella si hanno dati troppo certi perchè si possa dubitare un momento che il *procurator*

---

moniale. Se nell'eredità avviene il contrario, ciò si spiega appunto colla genesi e la struttura extra-patrimoniale dell'*hereditas*. V. in seguito § 6, e più largamente *La successio in universum ius e l'universitas*, § 5].

(1) Salvo non poche eccezioni, sulle quali non è il caso d'intrattenerci in questo scritto.

e il *cognitor* non son nati davvero come modi per operare una trasmissione delle obbligazioni.

Per vero la risposta all'obbiezione sembra a prima vista chiara: ebbene, quando si trasferisce tutto il complesso de' diritti patrimoniali connessi a un subbietto, passano anche quelli che isolatamente non si potrebbero trasferire. Lo dicono gli stessi Romani: *Quaedam per universitatem transeunt quae non possunt sola alienari* (1). Certo la questione sarebbe con questo semplicemente spostata. Si potrebbe sempre domandare: perchè il trasferimento di un complesso di rapporti patrimoniali ha questo diverso effetto dal trasferimento di rapporti patrimoniali isolati? Ma non si può negare che per ciò che dobbiamo inferire pel nostro argomento da questa ampiezza dell'*hereditas*, non ci gioverebbe molto proseguire l'indagine; perchè la spiegazione a ogni modo non potrebbe uscire dalla sfera de' rapporti patrimoniali.

Se non che quella risposta non sarebbe che un facile equivoco e quasi un giuoco di parole: vizio in cui molto facilmente si cade nelle nostre materie. Non è vero che il trapasso di diritti non trasmissibili isolatamente sia un effetto della trasmissione di tutto il patrimonio. La parola di un giureconsulto romano non si può isolare da tutto il sistema e dallo spirito del diritto romano: ora nel sistema del diritto romano è permesso asserire che il trasferimento di tutto il patrimonio abbia conseguenze diverse dal trasferimento di singoli rapporti patrimoniali? che rapporti non trasmissibili isolatamente o rapporti, che solo per via di spedienti indiretti si pervenne a trasmettere, potessero senz'altro passare o passare direttamente, quando si trasferiva l'intero patrimonio? Era possibile in questo senso, con questo effetto, vendere o donare l'intero patrimonio? era possibile alla donna di costituire così semplicemente tutto il suo patrimonio in dote? o al socio di conferirlo nella

(1) Paulus, fr. 62, D. *de acq. rer. dom.*, 41, 1.

società? o al *filiusfamilias* di alienare così il suo peculio castrense? o al padrone di rilasciare così allo schiavo nell'atto della manumissione tutti i beni che costituivano il peculio di questo? infine, soggiungiamolo pure, era possibile all'erede di vendere o donare tutto il patrimonio ereditario dopo l'adizione?

A questa domanda o a tutte queste domande la risposta è, in principio, assolutamente negativa. La trasmissione di un complesso patrimoniale si attua solo mediante la trasmissione de' singoli diritti, ne' modi e nella misura in cui questi si debbono e si possono trasmettere.

Colui che vende o dona attualmente o costituisce in dote o conferisce tutto il suo patrimonio o aliena il suo peculio, se *filiusfamilias*, o vuol gratificarlo allo schiavo che manomette, deve, per trasferire la proprietà o i singoli diritti sulle cose, adoperare le forme della *mancipatio* o della *in iure cessio*, o della *traditio;* per il trasferimento delle azioni e de' crediti, quando ciò fu possibile, deve ricorrere alla cessione delle azioni, costituendo l'acquirente *cognitor* o *procurator in rem suam*, e per il trasferimento de' debiti, quando si volesse operare anche questo, allo spediente della *delegatio* (1); ovvero — e questo era lo spediente un tempo (*olim:* Gai., 2, 252) necessario — per quel che non si poteva trasferire immediatamente, come le azioni e le obbligazioni, si interponevano tra le parti delle mutue stipulazioni: da parte dell'acquirente per la trasmissione futura del valore patrimoniale che non poteva conseguire sul momento, da parte del trasmittente per la garentia o per l'in-

---

(1) Cfr. *Fragm. Vat.*, § 363; Cod. Hermog., VII, ed. Haenel (si trova in Cost. 6, 10 e interpol. nella c. 11, Cod. Iust. *de donat.*, 8, 53) VII, 2; Cod. Hermog., fr. 42, D. *de don. mortis causa*, 39, 6; c. 2, Cod. *de cond. ob turp. caus.*, 4, 6; c. 15, Cod. *de don.*, 8, 53 (legge interessante per il sospetto del donatario di esser responsabile de' debiti come un erede), fr. 72 pr., D. *de iure dotium*, 23, 7 (relativo alla dote); fr. 53, D. *de pec.*, 15, 1 (relativo al peculio rilasciato allo schiavo nell'atto della manumissione).

dennizzo in ordine al pagamento de' debiti (1). Certi diritti poi, che passano nella *hereditas*, restano pur sempre esclusi (2).

Solo a grado a grado e quasi a stento si concessero pei casi più importanti delle facilitazioni. Così nella *bonorum venditio* come esecuzione sui beni del debitore, il pretore che la introdusse provvide alla trasmissione delle azioni al *bonorum emptor* con uno spediente analogo a quello donde scaturì l'istituto della cessione delle obbligazioni, cioè conservando intatta l'*intentio* in nome dell'antico padrone, ma convertendo la *condemnatio* a favore del *bonorum emptor* (*actio Rutiliana*), se il fallito era un vivo; mediante la concessione di azioni utili, fingendo ch'ei fosse erede (*actio Serviana*), se il fallito era defunto (3); con che il *bonorum emptor* veniva ad assimilarsi al *bonorum possessor*.

Similmente nel caso della *venditio nummo uno* eseguita per la trasmissione del patrimonio dall'erede fiduciario al fedecommissario tutta l'antica macchina di spedienti fu tardi eliminata dal senatoconsulto Trebelliano sotto Nerone: in conseguenza del quale senatoconsulto anche in questo istituto le antiche *cautiones* scomparvero, dacchè il Pretore proponeva e concedeva le azioni utili a favore e contro il fedecommissario *quasi heredi et in heredem* (4). Qualche facilitazione singolare la troviamo anche nella *societas omnium bonorum:* le cose per cui è necessaria la *traditio* s'intendono conferite anche se questa effettivamente non ha luogo (5).

Quanto alle donazioni universali non c'è da parlare di facilitazione per diritto classico, come non ce n'è da parlare per le donazioni singolari: per le une e per le altre valevano gli stessi modi e gli stessi aggravamenti, tra cui la neces-

---

(1) Arg. Gai., *Inst.*, 2, 252.

(2) Il diritto sui *loca religiosa*, sul fondo dotale o su cose di cui taluno non abbia il commercio.

(3) Gai., *Inst.*, 4, 35; Lenel, *Edictum*, §§ 218 e 222.

(4) Gai., *Inst.*, 2, 253.

(5) L. 1, § 1, D. *pro soc.*, 17, 2.

sità assoluta della *mancipatio* e della *traditio* per la perfezione della donazione. Soltanto, per questo riguardo Giustiniano rese le donazioni universali più lievi di quello che fossero nel diritto anteriore, riconoscendo al donatario, in base al mero contratto obbligatorio, il diritto alla tradizione, vale a dire al trasferimento effettivo delle cose promesse, cioè riconoscendo perfetta la donazione in base al contratto obbligatorio. D'altra parte quell'aggravamento richiesto per la perfezione della donazione fu tolto via da Giustiniano anche per le donazioni singolari; e in genere il contratto di donazione venne per questo rispetto assimilato al contratto di vendita (1).

Quanto alla cessione dell'eredità dopo l'adizione, era, invero, permesso di farla nel diritto classico mediante la *in iure cessio*. Ma in sostanza mediante questo atto che cosa passava all'acquirente? I *corpora hereditatis*, cioè tutti gli oggetti che mediante la *in iure cessio*, forma generale di alienazione delle cose nel diritto classico, potevano essere trasmessi e passano appunto come se gli venissero trasmessi singolarmente: *proinde ac si ei singula in iure cessa fuissent*. Ma pei debiti rimane sempre obbligato l'erede e i crediti periscono (2).

In conclusione: non per il fatto che si trasferisce complessivamente il patrimonio da un subbietto a un altro, avviene che trapassino *ab antiquo* direttamente rapporti patrimoniali intrasmissibili o trasmissibili solo in processo di tempo e per via di spedienti indiretti; perchè il trasferimento di singoli rapporti patrimoniali o di tutto il complesso de' rapporti patrimoniali congiunti a un subbietto non avevano modi e limiti diversi tra loro; e ben poche e lievi facilitazioni in ordine ai modi sono state concesse in tempi

---

(1) C. 35, Cod. *de donat.*, 8, 54 (delle donazioni universali si parla al § 4). Cfr. pure § 2, Ist. *de donat.*, 2, 7.

(2) Gai., *Inst.*, 2, 34-47. Tracce nel diritto giustinianeo: Papinianus, fr. 28, D. *de donat.*, 39, 5.

abbastanza tardi, cedendo alle necessità pratiche, per certi casi di trapassi universali.

Se adunque nel caso dell'*hereditas* e in pochi altri istituti il trasferimento dell'insieme de' rapporti patrimoniali comprende *ab antiquo* il trapasso diretto anche di rapporti in principio intrasmissibili, questa singolarità non può trovare la sua spiegazione se non nella speciale natura della *hereditas* e di quei pochi altri istituti. Quando, pertanto, i Romani dicono di taluni diritti, i quali non possono singolarmente esser trasmessi, che essi passano tuttavia *per universitatem*, non intendono il passaggio di quei diritti come una conseguenza del fatto che tutto un patrimonio si voglia trasmettere, ma come un effetto particolare di quei casi in cui il passaggio di tutto un patrimonio aveva luogo direttamente e nel modo più ampio, comprendendovisi anche le cose inalienabili, come il fondo dotale e i luoghi religiosi, e le cose di cui taluno non abbia il commercio: che sono appunto tutti gli oggetti cui si riferisce Paolo e il primo è ricordato espressamente.

Eran quelli i soli casi in cui aveva luogo da tempo immemorabile il trapasso completo o quasi completo de' diritti patrimoniali connessi a un subbietto, cioè un vera *successio in universum ius* in proprio senso; cosicchè quando in processo di tempo si potè operare, sia pure con mezzi indiretti, un trapasso quasi eguale del patrimonio, il titolo di *successio in universum ius* o successione universale restò pur sempre a quelle sole figure e fu tratto inconscientemente a significare il modo singolarissimo con cui si operava in quei pochi casi la successione in tutto il patrimonio, a denotare, insomma, la struttura della *successio in universum ius* (1).

---

(1) [Non è esatto il dire che fu tratto a significare il modo con cui in questi casi la *successio* si operava; poichè *successio* indica appunto *ab origine* questo modo di operare il trapasso ed è il termine specifico per quelle che Giustiniano chiamò *successiones in universitatem* o *in universum ius*. V. *La successio in universum ius* e l'*universitas*].

Ma la ragione per cui il trapasso del patrimonio avvenga in quei pochi casi con una maggiore ampiezza fin nel diritto romano più tardo ed avvenga *ipso iure*, la ragione in altri termini per cui la *successio in universum ius* non è considerata come un istituto per sè stante, ma è congiunta necessariamente ad altri istituti, i Romani non la dicono. Ora questa ragione in che cosa risiede adunque? Forse nel fatto che l'*hereditas* deve operare una successione ne' beni di una persona defunta? Si potrebbe rispondere — e anche si risponde apertamente — così, se non vi fossero altri istituti, in cui si attua pure lo stesso passaggio, cioè una vera e tipica *successio in universum ius*. L'esistenza di questi altri istituti con effetto patrimoniale analogo alla *hereditas*, che parrebbe contraddire alla nostra tesi, n'è invece il più saldo appoggio. Si suol bensì parlare per questi casi di un progresso ulteriore in base alla finzione di eredità (1), o, in genere, di un'assimilazione all'eredità (2). Ma se tali supposizioni son ragionevoli e in parte giustificate per le facilitazioni concesse in taluni degli istituti già ricordati, in cui si giunse a operare il trapasso del patrimonio per via di azioni utili e simili spedienti, sono affatto campate in aria per quegli istituti, in cui si attua una vera *successio in universum ius*. Qui non v'è traccia nè di finzioni nè di assimilazione; e sarebbe strano assai che in questi casi si fosse raggiunta così per tempo e compiutamente una meta, a cui per tanti

---

(1) Cfr. Mühlenbruch, *Pand.*, Halle 1840, vol. III, §§ 609, 612, pagine 190, 194.

(2) Savigny, *System*, vol. III, pag. 16-17 (trad. it. Scialoja, *ibid.*). Il ragionamento del Savigny, che naturalmente parla di assimilazione all'*hereditas* anche per la *successio* dell'arrogante ne' beni dell'arrogato e simili casi, è fondato su ciò che dice il Hasse in un articolo sulle *Universitates iuris et rerum* pubblicato nell'*Archiv für die civ. Prax.*, V, 1. Ma il Savigny stesso confessa che nella ricerca perchè i Romani abbiano considerato come successioni universali solo quei casi, il Hasse « procede forse qua e là un poco sottilmente » e che in fin de' conti « i limiti di questa applicazione potevano talora avere in sè qualche cosa di casuale ».

altri casi, come s'è visto, nonostante gli sforzi di una lunga legislazione, non si giunse nemmeno dappresso ne' tempi più tardi.

Ragionando invece senza preoccupazioni vien troppo facilmente di pensare che la ragione di quel passaggio doveva risiedere in qualche cosa di comune all'*hereditas* e a quegli altri rapporti in cui si attua una vera *successio in universum ius*. Vediamo dunque. Gli istituti tipici a cui nel diritto romano andava congiunta una vera *successio in universum ius* erano, oltre all'*hereditas* (1), i seguenti: I. L'*adrogatio;* II. La *in manum conventio;* III. La riduzione in servitù (per es., *ex senatusconsulto Claudiano* o la *revocatio in servitutem propter ingratitudinem*).

Ora, prescindendo dall'*hereditas*, che cosa v'è di comune in tutti questi istituti? Ciascun d'essi è diretto non all'acquisto del patrimonio, bensì all'acquisto della potestà sovrana del *paterfamilias*, distinta nel diritto classico ne' suoi tre aspetti di *manus*, *patria potestas* e *dominica potestas*, ma una sola nel diritto antico: la *manus* o *potestas* in generale. L'acquisto del patrimonio è una conseguenza dell'acquisto di questa potestà sovrana; ma mentre esso è una mera conseguenza, nè l'atto è diretto a quello scopo, esso è, d'altra parte, una conseguenza necessaria, nè il patrimonio si può acquistare altrimenti che, per così dire, in blocco.

Fa ora mestieri di più parole per venire alla conclusione che dallo stesso motivo doveva procedere in origine il passaggio di tutto il patrimonio mediante l'*hereditas*? che la *hereditas* doveva operare in origine il passaggio del governo

---

(1) All'*hereditas* si può veramente ricongiungere l'istituto pretorio della *bonorum possessio*, ch'è in sostanza ricalcato sull'*hereditas* e, se si vuole, anche la *bonorum venditio* de' beni di un defunto. Similmente si operò una vera assimilazione, ma in epoche assai tarde per altri istituti che si richiamano molto facilmente all'*hereditas:* così l'eredità fedecommessa dopo il senatoconsulto Trebelliano, la successione del Fisco ne' beni vacanti, la successione ne' *bona ereptoria* e l'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*. Sempre però con mezzi utili.

familiare, della *manus* o *potestas*, e solo come conseguenza ed elemento oggettivo il trapasso del patrimonio? (1-2).

[Come è chiaro, in questa illazione, per cui si giunge a stabilire che causa della successione universale è l'acquisto di una potestà, noi abbiamo l'applicazione precisa de' due metodi fondamentali della logica induttiva per la ricerca della causa di un fenomeno, il metodo delle concordanze e il metodo delle differenze. Richiamo la formulazione dell'uno e dell'altro data dallo Stuart Mill: « I. Se due casi o più del fenomeno, oggetto della ricerca, hanno solamente una circostanza comune, la circostanza nella quale soltanto

---

(1) Ho preso le mosse in quest'argomentazione dai rapporti giuridici de' quali si sa certamente che nell'antico diritto non si potevano trasmettere e in processo di tempo trapassarono solo per via di rimedî indiretti. Ma si può ben andare più in là; ed è per me affatto persuasiva la bella intuizione del Jhering (*Esprit du droit rom.*, vol. III, pag. 128-130), che nell'antica età nessun diritto si potesse trasmettere, all'infuori della proprietà, perchè questa si confondeva colla cosa: in altri termini, si conosceva il trasferimento della cosa, ma non si conosceva nè si concepiva il trasferimento de' diritti.

Dato questo, come si vede, la *successio in universum ius* sarebbe stata l'unica forma possibile, appunto perchè non operava una trasmissione patrimoniale.

(2) Un caso di *successio in universum ius* che si potrebbe distinguere dall'*hereditas* era la classica *in iure cessio* dell'eredità stessa prima dell'adizione, ricordata da Gaio (*Inst.*, 2, 85; 3, 35) e da Ulpiano (19, §§ 13, 14); istituto del quale una traccia rimane ne' digesti (fr. 4, § 28, *de doli except.*, 44, 4). L'erede legittimo (salvo il *suus*) poteva cedere l'eredità innanzi all'adizione: e allora, dice Gaio, *proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset.* Ora egli è evidente che questo caso è per lo meno tutt'altro che contraddittorio colla nostra tesi: perchè l'erede *ab intestato* prima dell'adizione non poteva trasmettere se non un diritto personale, la chiamata o delazione, e l'acquirente veniva a subentrare in questa e in conseguenza ad acquistare tutto il patrimonio come un erede. Il che riesce poi luminosamente dimostrato dal confronto colle conseguenze della cessione dell'eredità dopo l'adizione.

Si comprende poi facilmente come avvenga che una siffatta cessione non fosse possibile per l'*heres suus* nè per l'erede testamentario; perchè il primo acquista il patrimonio senza bisogno di adizione e l'altro, se non vuol saperne della successione, ha sempre il suo sostituto naturale nell'*heres ab intestato.*

tutti i casi concordano è la causa del fenomeno. II. Se un caso nel quale un fenomeno si presenta e un caso in cui non si presenta hanno tutte le loro circostanze comuni, salvo una sola, che si presenta solamente nel primo caso, la circostanza nella quale soltanto i due casi differiscono è la causa o parte indispensabile della causa del fenomeno ».

È chiara altresì la lacuna per cui una certezza matematica circa la causa del fenomeno della successione universale (la vera successione) non si raggiunge: cioè che l'eredità non dipende dall'acquisto di una potestà. Ma poichè essa pure dipende dall'acquisto di un titolo, il grado di probabilità rappresenta quasi quel massimo di certezza che nelle scienze storiche si può raggiungere].

6. Ma l'argomento più interessante è l'analisi della struttura formale dell'*hereditas* in diritto romano. La funzione attuale di un istituto risponde male dell'origine di questo. La sua struttura anatomica è sempre una guida più sicura, giacchè se dessa in luogo di corrispondere tanto perfettamente alla funzione da combaciare pienamente, da confondersi con questa in un concetto unico, serba un solo elemento, un solo principio che non abbia che fare con lo scopo attuale dell'istituto, siamo costretti a dedurne che l'istituto deve un tempo aver servito ad altro scopo. Vediamo dunque: la successione ereditaria, che ora ha per iscopo un trapasso patrimoniale a causa di morte, conserverebbe nel diritto storico di Roma elementi e principî repugnanti o per lo meno affatto estranei a questa nuova funzione, e invece affatto coerenti a quella ch'era, secondo il nostro avviso, la sua primitiva funzione, cioè il trapasso della sovranità?

Ora l'organismo dell'*hereditas* è pur sempre costruito nel diritto romano in forma adatta per tutti i riguardi al trapasso della potestà sovrana e affatto rispondente nella realtà al modo nel quale il trapasso della potestà sovrana si opera in tutti i tempi e in tutti i luoghi; non adatta invece al trapasso patrimoniale nè consona al modo con cui s'opera questo.

Un indizio grave, benchè esteriore, già si ricava dal considerare gli istituti, ai quali quella struttura è comune nel diritto romano stesso, cioè quegli istituti, cui è congiunta una successione patrimoniale nella forma tipica, per la quale s'è ormai riserbato il termine di *successio in universum ius* o successione universale. Sono, come vedemmo, tutti istituti destinati non a operare un trapasso patrimoniale, bensì la costituzione della *manus* o *potestas* del *paterfamilias*.

Se non che la prova più evidente e materiale si ha ne' principî regolatori e nelle conseguenze che si osservano nel rapporto ereditario. Conservandosi, nonostante il mutamento della funzione sociale dell'*hereditas*, la stessa forma e quasi lo stesso spirito originario, tutte le conseguenze che ne discendono logicamente si conservano nel diritto storico di Roma e in larga parte anche nel diritto giustinianeo. Ora ciascuno di questi principî caratteristici, mentre è sempre coerente e rispondente ovunque alla primitiva funzione, è d'ordinario estraneo alla patrimonialità, spesso anche repugnante; e se nondimeno tutti si conservano, ciò avviene perchè la reazione del nuovo scopo, anche non essendo pervenuta a eliminarli totalmente dalla successione ereditaria — al che d'ordinario non si è in effetto pervenuti se non nell'evoluzione moderna de' principî romani — ne ha via via esaurito la sostanza, conforme al genio del popolo romano, mediante l'introduzione d'una infinità di diritti singolari e di nuovi istituti.

Esaminiamo queste regole, tratteggiandone brevemente la natura e la storia.

I. « L'erede succede nella *bona* o *mala fides* del defunto (relativamente al possesso), succede ne' debiti e ne risponde anche oltre l'ammontare del patrimonio ereditario (*hereditas damnosa*) ».

La successione nella *bona* o *mala fides* (1) non avviene in nessun vero trapasso patrimoniale, e non è niente affatto

---

(1) [Succedere nella buona o mala fede, è una formula comoda, ma errata (V. Zanzucchi, *La successio e l'accessio possessionis*, in *Arch. giur.*,

più naturale che avvenga nell'*hereditas* ridotta alla mera funzione patrimoniale.

Ma e i debiti stessi sono un elemento patrimoniale? *Fuori dell'eredità*, i Romani intendono come patrimonio (*bona*) solamente il patrimonio netto, ciò che resta dedotti i debiti, insomma il patrimonio nel concetto usuale, naturale, vero (1). A ragione pertanto un valente scrittore, il Birkmeyer, vivamente opponendosi all'opinione dominante, sostiene che nelle nostre fonti i *bona* comprendono soltanto l'attivo del patrimonio e i debiti son concepiti non come elemento, ma come onere del patrimonio (2).

Solamente quando si parla di *bona* nel diritto ereditario vi si debbono comprendere anche i debiti (3). Ma se non fosse la sconoscenza della vera natura del diritto ereditario, nè il Pernice (4), nè il Brinz (5) o altri avrebbero pensato di opporsi al Birkmeyer o piuttosto la teoria del Birkmeyer non avrebbe avuto bisogno di nascere. Il Windscheid stesso, pur seguendo l'opinione dominante e ritenendo un doppio concetto del patrimonio, riconosce come si debba « ammettere che il senso abituale della parola *bona* nelle fonti non è che ne' *bona* sieno compresi i debiti » ; e dalle giuste osservazioni del Birkmeyer è stato tratto a ritirare la sua sforzata e arti-

---

vol. LXXII, 1904). Essa è tanto più errata in quanto nella *volontà* del defunto l'erede non subentra nel diritto classico nemmeno per finzione e quindi i rapporti a volontà continuativa si estinguevano. Ma l'erede subentra nel rapporto già costituito, e pertanto dove basta la volontà iniziale, dove basta la buona fede iniziale nè la stessa sopravvegnente mala fede del defunto poteva nuocergli, ivi l'erede è come il defunto tenuto o investito. Tutto ciò appartiene all'esame della *successio*, che pel suo parallelismo col diritto pubblico offre una nuova e ampia base di argomentazione per la tesi qui sostenuta].

(1) Fr. 39, § 1, D. *de V. S.*, 50, 16: « Bona intelliguntur cuiusque, *quae deducto aere alieno supersunt* ». Analogamente: Fr. 83, *ibid.*; fr. 50, § 1, D. *de iud.*, 5, 1.

(2) *Ueber das Vermögen im jur. Sinne*, 1879, specialmente pag. 199 e seguenti; pag. 328 e seguenti.

(3) Fr. 1-3, D. *de b. p.*, 37, 1.

(4) Nella *Münchener Viertelj.*, vol. XXII, pag. 232 e seguenti.

(5) *Pand.*, vol. III, § 357, in fine, e n. 9, pag. 5.

ficiosa interpretazione della legge 49, D. *de V. S.*, 50, 16, ch'ei riferiva al doppio concetto del patrimonio, nel senso giusto e nel senso dell'opinione dominante (1) [che scambia il patrimonio colla situazione patrimoniale].

La miglior prova del resto che il gravame de' debiti oltre l'ammontare del patrimonio ereditario non ha niente che fare colla patrimonialità, insomma col nuovo scopo della successione ereditaria, si ha pur sempre in questo: che nel corso del diritto romano esso venne in parte mitigato, in parte scalzato o da benevoli istituti di carattere generale o da una quantità d'istituti di diritto singolare nel campo dell'*hereditas;* dapprima le restituzioni in intiero, il *beneficium abstinendi* per l'*heres suus et necessarius*, il *beneficium separationis* per lo schiavo *heres necessarius* e il *ius deliberandi;* appresso la deroga assoluta sancita da Gordiano pei militari, che era poi la sanzione generale di un beneficio speciale concesso dall'imperatore Adriano; finalmente nel diritto giustinianeo il *beneficium inventarii*, creazione tanto equa e tanto nobile, come dichiara vantandosi Giustiniano, il quale tratta con vero amore questo istituto, disciplinandolo con grande studio e cercando quasi d'imporlo a tutti gli eredi (2). Che se questo principio non è stato, come gli altri che vedremo, eliminato in tutto dal diritto moderno, se il beneficio d'inventario ha tuttavia l'apparenza di diritto singolare, ciò deriva dal fatto che il principio in sostanza è una mera idealità, rispettato perchè non serve a niente, mentre d'altra parte non sopravviveva un altro principio che desse l'illusione di conservar la pura tradizione dell'*hereditas* romana, distinguendola dai legati. Ma quando il principio dovrebbe produrre le sue speciali conseguenze, allora non so chi pensi di fargliele produrre, se non colui che ne farebbe senza; certo non vi pensa sul serio il legislatore,

---

(1) *Pand.*, vol. I, § 42, nota 3.

(2) Si confronti la lunga costituzione di Giustiniano, 22, Cod. *de j. del.*, 6, 30 e la Nov. 1.

che adopera ogni più scrupolosa cautela a evitarle ne' casi pericolosi, imponendo, a esempio, che « le eredità devolute ai minori ed agli interdetti non si possano validamente accettare se non col beneficio dell'inventario » (art. 930 Cod. civ. it.), che « se tra più eredi taluno vuole accettare l'eredità col beneficio d'inventario ed altri senza, l'eredità deve essere accettata col detto beneficio » e « in questo caso basta che un solo faccia la dichiarazione » (art. 958 Cod. civ. it.), e infine che « l'erede può valersi del beneficio d'inventario, nonostante qualunque divieto del testatore » (art. 956 Cod. civ. it.). Con ciò qual è il principio pratico e veramente normale?

Ma se il principio romano non è confacente alla patrimonialità, nè si trova congiunto ai trapassi patrimoniali salvo nell'eredità, è perfettamente adatto e rispondente al trapasso della sovranità dovunque. La sovranità non è un rapporto temporaneo e individuale, ma un rapporto perpetuo e un rapporto sociale, vale a dire destinato — quando non si corrompa — a scopi estranei al subbietto che n'è investito, il quale non n'è che il momentaneo depositario. *Rex propter regnum, non regnum propter regem.* Pertanto il successore, poichè non avviene che derivi il diritto dal suo predecessore e lo converta in diritto suo, ma subentra nel posto del suo predecessore, continua la carica o la missione pubblica, è naturale che sia pienamente obbligato alla pari del suo predecessore all'osservanza dei patti stretti da costui come rappresentante del corpo sociale (1).

II. « È possibile (o almeno era possibile in epoca storica) lasciare all'erede il mero titolo colla responsabilità pei debiti ed elargire tutto il patrimonio per legato.

---

(1) Si vegga la schietta espressione del principio in uno de' nostri vecchi: Baldus in *Consil.*, III, 159: « Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas, seu imperium, immortalis est... (cfr. gli aforismi costituzionali: *il re non muore mai, il re è immortale*); quae procedunt a sede, ista semper sunt perennia et aeterna..... huiusmodi sunt contractus regum, qui contrahunt *nomine non suo, sed regni, idest gentis suae.* ..... Et in pactibus regum hoc est quod... transeunt ad successores .....nec mirum, quia in regno considerari debet dignitas quae non moritur ».

Vestigio evidente di una successione, nella quale il trapasso patrimoniale non era lo scopo fondamentale, non costituiva la funzione dell'*hereditas*. Son noti in proposito gli strani e lunghi sforzi, con cui attraverso la legge *Furia* (a. u. 571) e *Voconia* (a. u. 585) si giunse al principio per noi così naturale della *Falcidia* (a. u. 714) che l'erede debba pure aver qualcosa; principio che non doveva essere niente affatto così semplice e naturale nel pensiero romano genuino. Inutile osservare come per noi moderni l'antico principio non sarebbe nemmeno concepibile, perchè eredità e legato sono istituzioni egualmente patrimoniali, nè l'una o l'altra possono aver esistenza, se patrimonio non v'è affatto; ond'è che, mancando la lotta tra una istituzione patrimoniale ed una che non è tale nella sua genuina natura, ma aspira a diventar tale, non c'è da garentir questa contro quella, nè si ha punto a parlare di *quarta Falcidia* [Anche nel diritto giustinianeo, distrutto ogni vestigio dell'antico contenuto e spirito extrapatrimoniale dell'eredità, la *Falcidia* venne ridotta colla Nov. 1 a legge dispositiva, il che vuol dire in sostanza abolita].

III. « È necessaria invece nel testamento un'istituzione d'erede — *caput et fundamentum totius testamenti* — e siffatta istituzione doveva già essere solenne, con parole imperative e dirette all'erede, in lingua latina e in principio del testamento, perchè i testamenti, dicono a una voce i giureconsulti romani, *vim ex heredis institutione capiunt* ».

Codesta regola che debba esser designato l'*heres*, che debba esser nominato in capo, e tutte le forme in cui doveva procedere la nomina, si comprendono molto bene colla primitiva funzione del testamento, nel quale la designazione del successore era veramente il fondamento, il tutto. Ma nella nuova funzione il principio stesso è una mera necessità formale — i moderni la dicono *forma interna* — e tutte le prescrizioni e le solennità che vi s'aggiungono sono un eccessivo formalismo, che si stenta a giustificare colla serietà e l'importanza dell'atto. E di questo apparato i Romani si

liberarono, ma ben tardi e ben a stento. Accanto alla forma rigorosamente diretta « Titius heres *esto* » si cominciò con l'ammettere il comando indiretto « Titium heredem esse *iubeo* » forma già riconosciuta (*iam comprobata*) ai tempi di Gaio (1), e da taluni anche le forme nè dirette nè imperative « Titium heredem *instituo* » o « *facio* », che però tanto ai tempi di Gaio quanto ai tempi di Ulpiano sono disapprovate dai più (2). Invalida per tutti era l'istituzione « Titium heredem esse volo ». Il pieno affrancamento dall'osservanza di forme dirette e imperative fu decretato solo nell'anno 339 dall'imperatore Costanzo (3) e ribadito da Giustiniano (4). La necessità di usare la lingua latina disparve con Teodosio (5).

Alla prescrizione che l'erede debba essere nominato in capo al testamento e tutto ciò che precede non valga, si fece nel periodo classico solo una timida derogazione ammessa al tempo di Gaio dai Proculeiani soltanto (6); ma anche questa prescrizione fu tolta affatto da Giustiniano (7). E già, infine, sin dall'età classica, tutte queste prescrizioni e queste solennità erano state rimesse ai militari.

Quanto al principio capitale che il testamento debba contenere un'istituzione d'erede, sopravvive bensì nel diritto giustinianeo, ma sopravvive perchè accanto al testamento è sorto, già nel principio dell'età imperiale, l'istituto de' codicilli e poco di poi della clausola codicillare, che ne rende innocua l'applicazione. Nel diritto moderno la reazione dello

---

(1) Gai., *Inst.*, 2, 117.

(2) Id., *Inst.*, 2, 117; Ulpianus, 21.

(3) C. 15, Cod. *de testam.*, 6, 23 (costituzione a torto attribuita dai compilatori a Costantino): « Quoniam indignum est *ob inanem observationem* irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit, ademptis his, quorum *imaginarius usus est* », ecc.

(4) C. 26, Cod. *de testam.*, 6, 23.

(5) C. 21, Cod. *de testam.*, 6, 23.

(6) Gai., *Inst.*, 2, 231.

(7) Coi soliti complimenti per quello che appariva oramai come un vizioso formalismo dell'antico diritto. Cfr. § 34, Ist. *de leg.*, 2, 20; c. 24, Cod. *de testam.*, 6, 23.

scopo patrimoniale ha infine pienamente eliminato dalla successione ereditaria ogni vestigio di quel principio.

IV. « Non si può istituire erede in una cosa certa e determinata ».

Altro evidente argomento di una costruzione preordinata ad altro scopo fondamentale che non l'odierno, e appunto a tale scopo in cui la qualità di successore, non il patrimonio, era il momento essenziale. Ed è inutile riandare tutta la teoria dell'*institutus ex re certa* e gli artifizî cui s'ebbe ricorso per far avere all'istituito la *res certa* e quella sola ne' casi in cui si possa inferire la volontà del testatore. Il testamento si mantiene in piedi, perchè l'istituzione d'erede, questo elemento puramente formale, ma che pure costituisce ancora l'essenza dell'*hereditas*, non manca; ma il nuovo scopo pratico e sostanziale del testamento, la volontà del defunto in ordine al patrimonio, anela a imporsi e si attua, svolgendosi a furia di stenti e di sforzi dalle strettoie dell'antico diritto. E anche qui v'avea la solita deroga assoluta pel testamento militare: ritorno costante, che avrebbe meritato un poco più di pensiero.

Nel diritto nostro non si ha veruna di quelle difficoltà in cui si dibattevano i giureconsulti romani. Ancor dura la distinzione tra erede e legatario per quell'ombra di rappresentanza conservata all'erede; ma poichè l'istituzione d'erede non è più un requisito necessario alla validità del testamento (art. 759 Cod. civ. it.) e in pari tempo essa non è il titolo formale di un diritto staccato dal patrimonio, ma è invece una particolarità del rapporto patrimoniale determinata dall'assegnazione dell'universalità o di una quota de' beni (art. 760 Cod. civ. it.), ne consegue che l'istituzione in una cosa certa e determinata è bene istituzione valida, ma l'istituito ha senz'altro la qualità di legatario.

V. « Il *suus* diviene immediatamente e necessariamente erede, l'*extraneus* deve adire la successione ».

Anche questi principî sono affatto consoni alla trasmissione della sovranità. Quando il sovrano è designato natu-

ralmente — e il solo erede naturale era in origine il *suus*, poichè gli *agnati* e *gentiles*, abbiamo detto, non erano *heredes*, ma riassorbivano la *familia* — non v'è nemmeno una materiale interruzione. Così ne' paesi retti a monarchia: il re è morto, viva il re. Pei sovrani elettivi c'è invece bisogno di un'accettazione tacita o espressa (1).

Ma per quel che concerne l'*hereditas*, quando essa divenne schiettamente patrimoniale, da un lato la posizione dell'*heres suus et necessarius* ebbe ad esser garentita contro le conseguenze troppo gravi mediante la concessione del *ius abstinendi*, dall'altro lato le *transmissiones* della delazione, via via cresciute sino a diventare la regola, rimediarono alle conseguenze altrettanto gravi della netta separazione tra la delazione e l'adizione.

Nel diritto nostro l'acquisto dell'eredità è ordinato in modo profondamente diverso. Il possesso de' beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione (art. 925 Cod. civ. it.) e l'accettazione non fa che consolidare definitivamente il diritto dell'erede. Però la confusione di tradizioni germaniche e tradizioni romane turba la teoria. Si dice che l'ordinamento moderno è ispirato al principio germanico: *mortuus impossessat vivum;* si dice che si è generalizzato il principio che valeva in diritto romano per l'*heres suus*. A ogni modo, dal momento che l'erede istituito, se muore senza avere accettato l'eredità, trasmette ai suoi eredi il diritto di accettarla (art. 939 Cod. civ. it.), l'ordinamento viene a corrispondere in sostanza all'acquisto de' legati; e la delazione ha l'effetto del *dies cedens*.

VI. « Un testamento anteriore è revocato *ipso facto* e annientato interamente da un testamento posteriore valido ».

Anche questa regola assoluta ha la sua ragion d'essere nella prima funzione dell'*hereditas* e del testamento. L'es-

---

(1) Il Bluntschli la chiama precisamente *adizione*. Cfr. *Droit public général*, Paris 1881, pag. 106. Nelle monarchie costituzionali talora il giuramento vale come adizione. Così nel Belgio.

senziale è la designazione del successore; quindi la nuova designazione, fosse pure la ripetizione dell'antica, necessariamente annulla questa. Ma si concilia davvero col nuovo scopo della successione ereditaria? Non sarebbe forse più ragionevole — visto ch'è possibile disporre a più riprese del patrimonio, in una infinità di atti — che si annullassero le disposizioni patrimoniali dell'antico testamento veramente incompatibili col nuovo, cioè quelle in cui si manifestasse la contraria intenzione del testatore? che almeno il testatore possa dichiarare ch'egli non intende annullare il primo testamento? Checchè si voglia pensare in astratto, certo anche la regola enunciata non ebbe destino migliore delle precedenti. Già per uno o altro caso speciale gl'imperatori, mossi dall'iniquità evidente del risultato, intervennero per pronunciare il rispetto alla volontà del defunto, recedendo dalla logica del principio (1); ma una mitigazione più generale venne a introdursi, aiutandosi coll'istituzione de' fidecommessi. Se nel testamento posteriore il defunto aveva dichiarato di mantenere il primo testamento, questo dovea valere come istituzione fidecommissaria (2).

Ne' testamenti militari infine si derogò senz'altro al principio nel modo suesposto, cioè che il nuovo testamento annullava l'antico solo quando il militare avesse espresso tale intenzione (3). E anche su questo punto il testamento nostro concorda col testamento militare: secondo il Codice civile italiano « il testamento posteriore che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla in questi soltanto le disposizioni che si trovassero contrarie alle nuove o incompatibili con esse » (art. 920).

VII. « Se più eredi sono designati e l'uno o l'altro viene a mancare, la porzione del patrimonio ereditario che resta vacante accresce *ipso iure* ai coeredi, *anche quando trattisi*

---

(1) Cfr. Fr. 93 (92), D. *de her. inst.*, 28, 5.

(2) Fr. 12, § 1, D. *de iniusto rupto*, 28, 3.

(3) « *Militi licet plura testamenta facere* » (Fr. 19 pr., fr. 36, D. *de test. mil.*, 29, 1).

di eredi testamentari istituiti per parti determinate (diritto di accrescimento) ».

Col nostro concetto anche il diritto di accrescimento non solo si comprende, ma riceve una spiegazione più logica e piena. Nel caso notato non si dava ragione del diritto di accrescimento, se non richiamandosi alla massima in questione: *Nemo pro parte testatus*, ecc.; con che è evidente che al più si conseguiva il risultato di spostare il problema, e spostarlo malamente, riducendolo a più angusti termini, giacchè i due principî sono bensì per vero intimamente collegati, ma è troppo più ragionevole pensare a un rapporto di coordinazione che non a un rapporto di subordinazione.

Per noi non c'è al solito, che rievocare l'antica funzione, cui la struttura è sempre conforme. L'essenza della *hereditas* non è la disposizione del patrimonio, sia pure attribuendo al successore la veste di rappresentante, ma la nomina di uno o più *heredes*, benchè l'*heres* oramai non possa che raccogliere il patrimonio. L'acquisto del patrimonio, del quale il defunto non abbia disposto altrimenti, cioè per legato, è una mera conseguenza, ma una conseguenza necessaria, e la distribuzione delle parti non fa che regolarne la proporzione. Se, pertanto, uno degli eredi viene a mancare, gli altri non subentrano nella sua qualità, perchè l'hanno già di per sè e sempre in conseguenza di questa han diritto alla quota vacante, serbando, quando siano più d'uno, le stesse proporzioni. Ma i pretesi eredi *ab intestato* non sono punto eredi, nè son diventati tali pel fatto che una quota è vacante, giacchè il titolo di *heres* è indipendente dal patrimonio: quindi non potrebbero aver nulla ora, per la stessa ragione che non potevano aver nulla in principio.

Ma è questo conforme al nuovo scopo della successione, è conforme alla volontà del testatore, che assegnò parti determinate a ciascun erede, che può averne assegnato una infinitesima al solo che rimane? No, davvero: il diritto di accrescimento romano, checchè si dica, non ha niente che fare colla presunta volontà del testatore. Anche qui il testa-

mento militare, in ordine al quale il diritto di accrescimento non ha luogo, se non quando il testatore l'abbia voluto, nel quale insomma esso diventa tutt'altra cosa, è una prova palpabile della niuna consistenza di quella ipotesi e della incongruità del diritto di accrescimento collo spirito nuovo della successione. E anche nella nostra legge, come nel testamento militare [e ne' legati], il diritto di accrescimento è tutt'altra cosa: esso non ha luogo fra i coeredi, se non quando in uno stesso testamento e con una sola e stessa disposizione siano stati congiuntamente chiamati, senza che il testatore abbia fatta tra essi distribuzione di parti (art. 880 Cod. civ. it.).

VIII. « Finchè v'è un *heres ex testamento* (vale a dire in base alla designazione del cessato *paterfamilias*) non si chiama chi sarebbe l'*heres ab intestato: Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur* ».

Questa massima conviene intenderla in armonia con tutto l'organismo del diritto ereditario romano, e allora serba il suo vero significato, un significato pieno ed assoluto, e conquista una tale estesa applicazione da ricomprendere in sè la nostra regola: *Nemo pro parte*, ecc. L'erede, non dimentichiamolo, doveva succedere al defunto come sovrano della *familia*. Ora può ben esservi una sovranità collegiale come nelle magistrature romane, o una sovranità collettiva; ma quando il sovrano è designato in un modo, allora è assurdo o almeno può sembrare assurdo che se n'abbia contemporaneamente un altro designato in un altro modo. Sarebbe lo stesso che nello Stato vi fossero contemporaneamente a governarlo con pari autorità un monarca ereditario e un presidente elettivo. L'incompatibilità deriva dalle tante ragioni che richieggono uno spirito concorde e uguale nell'organismo del governo, concordia e uguaglianza ch'è per troppo evidenti motivi, a lungo andare, impossibile, quando due autorità, che dovrebbero esercitare la stessa somma di poteri, hanno origine e titolo diverso. Considerando adunque la primitiva funzione del testamento, si può ben

parlare, come fa Pomponio, di una *naturalis pugna* tra le due successioni e si può fors'anche ripetere in proposito il ciceroniano: *Nec unquam factum est* (1).

Quando adunque il nuovo capo della *familia* era designato dal predecessore, la designazione naturale rimaneva senz'altro esclusa. Che se anche si potesse dubitare un momento della forza assoluta dell'argomentazione astratta, se si riuscisse a pescare qualche esempio di Governi, in cui più persone investite veramente della stessa potestà sovrana sien designate in modo diverso — certo negli uffizî minori, per quanto rara, la cosa non è stranissima — a ogni modo la massima enunciata in capo mostra che la *familia* romana anche in questo non si allontanava dal principio più naturale in ordine al trapasso della sovranità.

Ora la regola *Nemo pro parte testatus*, ecc. non è che la conseguenza di questo principio, inteso come deve essere inteso, come le parole esprimono, come vuole lo spirito del diritto romano. Essa è mera conseguenza del principio, ma è puranco la conseguenza più importante, più caratteristica e, se si vuole, la forma concreta e pratica di esprimere il principio; e perciò appunto la forma preferita e ripetuta dai giureconsulti romani nelle particolari applicazioni. Gli altri effetti non sono che pure banalità, chiarissime anche in base ai principî generali del diritto. La vera portata adunque del principio: *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur* (2), è nella nota regola:

---

(1) Volendo notare un riscontro, che ha sembianza di paradosso, si può ricordare che il sistema monarchico-costituzionale è, secondo qualcuno, condannabile appunto per l'*assurdo logico*, come si dice, di due sovranità diverse nel principio di designazione; il che non so quanto sia e, dato pure che sotto un certo aspetto l'antitesi esista, non sia piuttosto sotto quell'aspetto niente affatto una cosa illogica, dal momento che l'antitesi non degenera di necessità in una *civilis pugna*, che sarebbe il vero argomento e la sanzione storica di una *naturalis pugna*.

(2) Nel Digesto (fr. 39, D. *de acq. vel om. her.*, 29, 2) la massima è enunciata in generale senza veruna applicazione (Lenel, *Paling.*, Ulpianus, 1193).

Nemo pro parte testatus, ecc.: perchè si chiamerebbero altre persone che non sono nè eredi nè legatari a raccogliere parte del patrimonio, qualora il testatore non l'abbia assegnato tutto all'*heres* istituito? Il testamento è la designazione del nuovo capo della *familia* e l'un modo di designazione esclude l'altro. Il nuovo capo della *familia* subentra necessariamente in tutti i rapporti patrimoniali, perchè subentra nel potere generale, nella veste del suo predecessore. Se il testatore ha elargito qualche cosa mediante legati, l'erede, benissimo, non avrà questa parte del patrimonio, alla quale prima della sua accettazione altri ha già acquistato un diritto; ma se il testatore non ne ha disposto, nessun altro vi può aver diritto all'infuori di lui, anche se il defunto non gli avesse assegnato che una minima parte.

Se il defunto *paterfamilias* non gradiva questo risultato, non doveva designar lui come capo della *familia*, della quale abbandonava colla vita il governo.

Ma se la simultanea chiamata dell'erede testamentario e dell'erede *ab intestato* è o può riguardarsi come un assurdo nella primitiva funzione dell'*hereditas* e del testamento, se dessa era a ogni modo esclusa certamente dalla *familia* romana, non è nè può dirsi parimente un assurdo, considerando la successione quale un trapasso patrimoniale. Non dovrebbe forse il successore testamentario ricevere quella parte de' beni, che il defunto gli ha veramente voluto assegnare e il successore *ab intestato* quella che rimane? Non è forse questa *la vera volontà* del defunto (e dire che persino un sommo romanista come il Jhering fu tratto a ricercare la ragione del principio in una interpretazione legale della volontà del defunto!) dal momento ch' egli non ha usato interamente del *ius dispositivum*, che la legge gli accorda in ordine ai beni? Ben a ragione adunque la regola *Nemo pro parte*, ecc., già eliminata pienamente dal diritto romano, al solito, nella successione de' militari, dove appunto si ha riguardo alla vera volontà del defunto, tradita

via via in una serie di altri casi (1), frustrata dalla istituzione de' codicilli, è stata completamente abrogata nel diritto moderno (Cod. civ. it., art. 720 capov.); con che la massima generale: *Quamdiu potest*, ecc., distrutto il suo valore caratteristico, ha perso ogni importanza ed è ridotta dalla stessa tradizione giuridica de' romanisti alla modesta posizione di un corollario evidente del principio generale, che quando taluno non ha ancor ripudiato o mancato in qualunque modo di acquistare un diritto non si chiama chi potrebbe in quell'acquisto sostituirlo (2).

---

(1) Si può dire che questi casi eccezionali (diritto di accrescimento dell'*heres suus* preterito, vittoria parziale dell'*heres suus* in una *querela inofficiosi* diretta contro più eredi, ecc.), fuori della successione de' militari, non violano il principio, ma ne restringono la portata. Ciò è molto sottile dommaticamente, storicamente è falso. Del resto una reazione teorica contro questo principio — il quale in fondo come gli altri, si reggeva soltanto, perchè a furia di eccezioni e di rimedî veniva ad avere un'efficacia meramente formale — pare affacciarsi alla mente degli ultimi giureconsulti romani. Cfr. il fr. 15, D. *de inoff. test.*, 5, 2, di Papiniano (a proposito della lite esperita dal *suus* preterito contro più eredi e vinta contro l'uno, perduta contro l'altro): « credimus eum legitimum heredem *pro parte* esse factum; et ideo *pars hereditatis* in testamento remansit *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri* » [L'inciso è sospetto].

(2) Ai principî dichiarati nel testo aggiungeremmo, se non temessimo, non diciamo di compromettere, ma di turbare inutilmente la nostra dimostrazione con argomenti più minuti e tali che potrebbero avere spiegazioni diverse, un'infinità di altri principî particolari, che qua e là si riscontrano nella materia dell'*hereditas* classica e giustinianea o della più antica *hereditas;* pei quali si pretende, per amore o per forza, di trovare tante ragioni particolari e che ne hanno una sola, generalissima, regolare col nostro concetto.

Essi sono: *a*) il principio che il *filiusfamilias* non può far testamento. Questo principio, secondo il nostro modo di vedere, ci richiama pur esso alla funzione originaria del testamento: se il testamento costituiva una designazione nel successore nella sovranità della *familia* eseguita dal capo attuale, è naturalmente inconcepibile un testamento del *filiusfamilias*, cioè di un soggetto. Ma ci si potrebbe rispondere, così a cuor leggero, che il *filiusfamilias* non può testare, perchè non ha patrimonio: che ciò è detto anche da Ulpiano (*Fragm.*, XX, 10: « Filiusfamilias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testare de eo possit »); e tanto è vero che in ordine al peculio

7. I risultati cui siamo pervenuti circa l'origine della *hereditas* romana e circa il modo d'intendere non solo il nostro principio, ma tutti i principî caratteristici di essa, possono, a mio parere, aver gravi conseguenze pel concetto dommatico dell'*hereditas* romana nell'ultimo diritto e il suo posto nel sistema. Codesta indagine, la quale è tanto ingombra di formule incomprensibili e astruse, sarebbe di grande interesse dommatico non solo, ma potrebbe valere come riprova della nostra tesi. Se non che l'economia del nostro lavoro c'impone per ora di prescindere in modo assoluto da una tale ricerca.

---

castrense egli può testare. A cuor leggero, dico: perchè in primo luogo è da ricordare che il *filiusfamilias* ha capacità giuridica, può obbligarsi e, col permesso del padre, può contrarre un mutuo valido, nonostante il senatoconsulto macedoniano, e può compiere non solo donazioni tra vivi, ma anche donazioni *mortis causa* (L. 7, § 4, D. *de donat.*, 39, 5: « quamvis enim ex patris voluntate *mortis quoque causa* donare possit »), mentre nemmeno il permesso del padre potrebbe renderlo capace di far testamento (L. 6, D. *qui test. fac. possunt*, 28, 1: Qui in potestate parentis est testamenti faciendi ius non habet, *adeo ut*, *quamvis pater ei permittat*, nihilomagis iure testari possit »). In secondo luogo la capacità di testare in ordine al peculio castrense è un privilegio militare; — *b*) similmente l'antica incapacità di testare delle donne anche *sui iuris*. Di ciò si dà una spiegazione soddisfacentissima in base alla forma degli antichi testamenti *calatis comitiis* e *in procinctu;* e la si rinforza anche, a un bisogno, con osservazioni generali sulla condizione delle donne nell'antica età, con la gelosia degli agnati, ecc.

Appresso: *c*) l'intrasmissibilità dell'eredità deferita così ai terzi come agli eredi. Si suol dire che la delazione attribuisce un diritto *eminentemente* personale. Spiegazione astratta, che tende al vero, se si vuole, e raggiungerebbe il nostro concetto generale. A ogni modo è un principio estraneo alla patrimonialità, e per quel che concerne l'intrasmissibilità ai terzi nel diritto classico vi si derogò in parte coll'istituto della *in iure cessio hereditatis* prima dell'adizione. Quanto alla intrasmissibilità agli eredi è inutile ricordare tutte le figure eccezionali di *transmissiones*, create via via dai pretori e dagli imperatori (la *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, che, logica da principio, poichè il diritto di chiedere la restituzione spetta così alla persona lesa come ai suoi successori, ottenne per opera della giurisprudenza e degli imperatori [probabilmente solo nell'epoca romano-ellenica], un'appli-

8. E ora una domanda: l'argomento del diritto comparato giova a convalidare questi risultati? Sì, giova a riprovarli, a illuminarli, a completarli, ma solo quando tutti gli elementi della comparazione sieno rettamente intesi e studiati. Ma, nel caso nostro, perchè ciò non s'è fatto, il paragone del diritto comparato ha recato nella materia una messe di contraddizioni e una confusione indescrivibile. Si è voluto mettere a riscontro la successione romana dell'ultimo sviluppo, cioè la successione patrimoniale, col diritto successorio de' Germani, de' Greci e degli Indiani. S'è trovato che la facoltà del capo-casa di disporre de' proprî

---

cazione esorbitante, la *transmissio ex iure patrio* o *ex capite infantiae*, la *transmissio theodosiana* e la *transmissio iustinianea*, che finiscono con annientare quasi nella pratica il principio: tutte appartenenti all'epoca romano-ellenica). Appena merita d'esser ricordato che il principio dell'intrasmissibilità nel diritto nostro è interamente distrutto: il che d'altra parte si collega coll'altro rivolgimento che nel nostro diritto l'eredità si acquista in sostanza come i legati.

E così non dubito di richiamare alla vitale funzione del testamento primitivo e alla netta separazione tra l'eredità e gli atti patrimoniali, *d*) il principio che nel testamento le condizioni impossibili e turpi non viziano l'atto, ma si hanno per non apposte, per quanto altre cause possano aver influito al suo perpetuarsi; principio, a ogni modo, che ha dato tanto rovello agli studiosi del diritto e ch'è abolito da qualche legislazione, mantenuto nella francese e nella nostra, ma con fiere critiche da parte degli scrittori francesi. Parimente si può meglio comprendere col concetto svolto da noi: *e*) l'impossibilità di apporre alla istituzione di erede una condizione risolutiva o un termine — *semel heres semper heres* — principio escluso dal Codice francese, ripristinato nel nostro, evidentemente per la stravagante paura de' fedecommessi; *f*) l'antico divieto di istituire le persone incerte e per conseguenza i non concepiti, il *populus romanus*, la divinità, le persone giuridiche; principio intaccato dalla legislazione e dalla giurisprudenza e infine battuto in breccia da Giustiniano; *g*) le conseguenze rigorose, nell'antico diritto, del *testamentum destitutum* o *desertum* per la mancata adizione dell'erede, quasi ridotte a niente nel diritto giustinianeo e simili.

[Pel valore della *successio*, termine e concetto specifico all'*hereditas* (in una colle cosiddette *successiones per universitatem*) e alla trasmissione delle cariche pubbliche, come in generale pel linguaggio dell'*hereditas* parallelo al diritto pubblico (*deferre*, *adire*, *repudiare*, ecc.), vedi *La successio in universum ius e l'universitas*].

beni, secondo il suo gradimento, suol essere ne' popoli primitivi assai limitata; che essa compete in origine solo in ordine a certi beni; che solo a grado a grado e non senza contrasto assume un carattere alquanto più libero e generale; che essa infine ha nelle origini, presso popoli ancora rudi, la forma più semplice, quella che anche oggidì all'occhio di un profano deve comparire come la più naturale, cioè la trasmissione di determinati oggetti a un parente o a un amico in previsione della propria morte: in altri termini, essa è una donazione *mortis causa*. Se n'è concluso che anche il popolo romano deve essere partito dagli stessi principî: che quindi il testamento è posteriore alla successione *ab intestato* (anche i termini romani fanno a pugni coll'idea!) e dovette apparire in origine come una derogazione, una violazione anzi dell'ordine *legale* di successione: che la facoltà di testare del *paterfamilias* doveva in origine essere limitata e fors'anche ristretta a certi beni; e persino s'è preteso di sostenere che il testamento romano primitivo non doveva contenere che semplici disposizioni patrimoniali a titolo particolare: la *heredis institutio* non sarebbe necessaria (Cuq), anzi nemmeno possibile (Kuntze) (1). Prescindiamo poi dalle mistiche fantasie sulla volontà individuale e la volontà sociale, dai mostruosi connubî del testamento romano coll'adozione (2). Tutto questo e altro s'è detto, contro le testimonianze più numerose e più certe nel campo del diritto romano, contro l'andamento della evoluzione, nello stesso campo più contrario a quelle ipotesi. Ma nel fare così buon mercato degli elementi e degli indizî specifici, che ne fornisce la storia del diritto romano, per seguire il diritto comparato, non s'è posto mente a una cosa: che il diritto successorio patrimoniale degli altri popoli ha

(1) [Teoria con pertinacia risorgente in Germania (Ehrlich, Binder, Lenel): vedine la confutazione in seguito: *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*].

(2) [Connubio popolare in Francia e carezzato anche in Italia: vedi pur sempre in seguito: *Teorie vecchie e nuove*, ecc.].

bensì malauguratamente una rassomiglianza grande col diritto romano nell'ultimo sviluppo suo in quanto concerne la funzione, ma nel concetto e conseguentemente nelle regole nemmeno a quello somiglia. E questa dissomiglianza ne' principî nasce dal fatto che esso deriva d'ordinario da un'altra corrente, che veramente ha carattere patrimoniale, ed è la seconda che noi abbiamo indicato, l'uso di disporre a causa di morte de' beni individuali. La parvenza esteriore delle cose anche nella nostra questione trae bene in inganno. Ma chi consideri che le cose sono in continuo movimento, che nelle cose come nelle parole è la legge del movimento, non già la pura somiglianza esteriore che giova a metterne in luce i nessi e le origini più remote, troverà piuttosto un testamento, per così dire, embrionale nell'antichissima designazione di Giacobbe fatta da Isacco, o di Giuda fatta da Giacobbe, o financo del troppo famoso Federico Barbarossa per parte di Corrado a detrimento del figliuol suo, che non nella originaria *mancipatio familiae* presso lo stesso popolo romano, prima che la giurisprudenza la mutasse in una forma, in cui gittare un vero testamento.

Sicchè presso i Greci o i Germani o anche gli Slavi e simili si rilevano bene gli stessi germi, ossia gli stessi gruppi e le stesse forme di successione sovrana, non prevalendo però presso di loro la designazione del predecessore, bensì gli altri modi di designazione del sovrano; e successero anche in parte evoluzioni simili, per esempio la primogenitura, in cui col tempo finisce per risaltare, anzi sopravvivere soltanto l'elemento patrimoniale; ma di lì non nacque l'istituzione del testamento. L'eredità è cosa tutta romana; altri popoli non conobbero se non le istituzioni che la precedettero e dond'essa si svolse. Le istituzioni invece che si comparano al testamento e che veramente nel cozzo dell'elemento latino colle razze teutoniche si scambiarono col testamento, nacquero da un altro germe (1).

---

(1) [Concetto da me svolto in varî scritti successivi in relazione al diritto comparato in generale e al diritto greco].

Ma questo germe che doveva esistere anche nella vita privata di Roma era forse rimasto senza frutto? Io non lo credo. Nel terreno fecondo del diritto romano era anch'esso cresciuto, ma il genio pratico e armonico de' Romani ne dovette innestare la pianta fiorita coll'istituzione del testamento (1). Così venne ad aggiungersi a questo l'appendice de' legati: e l'innesto servì straordinariamente a esaltare il principio patrimoniale e mutare la natura del diritto successorio. L'erede testamentario a poco a poco s'impregnò, per così esprimermi, del succo patrimoniale del legatario: processo visibilissimo dai primi albori storici di questa complessa istituzione, quando le leggi *Furia*, *Voconia* e *Falcidia*, mirando ad assicurare all'erede i beneficî patrimoniali del legatario, oscurarono la primitiva figura dell'eredità, sino a' tempi a noi più vicini, allorchè, distrutti gli ultimi vestigi della primitiva funzione, ch'erano, spesso per modo di dire, sopravvissuti anche nel diritto giustinianeo, finalmente nel Codice tipo delle moderne razze latine anche il nome di erede testamentario disparve per cedere il luogo a quello di legatario universale (2).

In conclusione: il risultato, cui ci ha condotto lo studio della massima *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, ecc., è che il diritto successorio romano, per la parte che concerne l'*hereditas*, ha mutato nella sua funzione sociale; di trapasso della sovranità familiare diventò nel diritto storico

---

(1) [Vedi ora lo svolgimento di questo concetto in B. Biondi, *Appunti intorno alla donatio mortis causa nel dir. rom.*, *I* (*la storia dellad. m. c. e l'origine dei legati*), in *Annali della Fac. di Giur. dell'Università di Perugia*, 29 (1914) pag. 173-222].

(2) Con ciò non si vuol negare che il legislatore francese abbia seguìto l'azione immediata di altre cause, che son quelle pure che hanno terminato di scalzare le ultime traccie non patrimoniali del testamento romano. Ciò che s'è accennato intorno alla diversa posizione del diritto successorio e degli istituti precedenti presso i Germani servirà a far intendere perchè il diritto germanico doveva necessariamente trasformare la successione testamentaria romana e deprimerla a profitto dell'intestata.

il trapasso de' beni a causa di morte; ma per ciò che concerne i legati abbiamo veramente sin dall'origine assegni patrimoniali a causa di morte, che si fusero col testamento. Le due correnti donde può derivare il diritto successorio si riunirono abbastanza lungi dalla loro origine per costituire la grande fiumana del diritto successorio romano. E come le acque d'una grande fiumana si van colorendo via via non pure dal terreno che traversano, ma e dalle acque delle nuove correnti che vi si riversano, similmente lo spirito nuovo della successione nel diritto già svolto di Roma e nel diritto moderno, il carattere patrimoniale, che assunse via via, non nacque puramente e semplicemente dalle condizioni nuove del terreno sociale, ma altresì dallo scopo e dalla struttura assolutamente patrimoniale, anche nelle origini sue, dell'istituzione de' legati che vi s'aggiunse.

9. Nel corso di questo articolo m'è avvenuto più volte di ricordare le opinioni dominanti intorno all'origine e allo svolgimento del diritto successorio romano. Ma non credo di dovere occuparmi in modo speciale di ribatterle per le ragioni espresse, che nessuna ha base nel diritto romano, anzi tutte vi repugnano e l'analogia col diritto comparato è falsa (1).

---

(1) Per le stesse ragioni io non credo nemmeno che vi sarebbe nessuna utilità, se io mi occupassi ora di riferire e criticare le numerose opinioni espresse per ispiegare la massima *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, ecc. dal Haubold, dal Thibaut, dallo Zachariae, dal Dernburg, dal Gans, dal Rosshirt, dal Huschke, dal Lassalle citato, dal Köppen, che ne ha due, dal Jhering, che n'ha in sostanza parecchie, dal Cuq, dal Carle e altri ancora; perchè, oltre all'esser tutte quante o troppo grame o troppo astratte, non ve n'ha una sola che abbia la menoma base positiva negli elementi dommatici o in quelli storici del diritto successorio romano e d'altra parte non ve n'ha parimente una sola, nella quale io abbia riscontrato qualche cosa di simile alla mia, nè quindi mi corre l'obbligo di mostrare i germi e il progresso d'un pensiero. Ricordo solamente le parole con cui il Huschke a principio della sua lunga memoria in proposito (inserita nel *Rhein. Museum*, VI, 1834, pag. 257-369) accennava la capitale importanza del principio

Ma non sarà male il rilevare come tutti i risultati particolari, cui mena uno studio serio delle fonti romane, non fanno che concorrere nelle nostre conclusioni e completarle. E a questo proposito con piacere io mi veggo tratto ad accogliere tutti i risultati particolari, cui perviene un illustre romanista italiano, C. Fadda, nella sua bella memoria sulla *Origine de' legati* pubblicata per l'VIII Centenario della Università di Bologna. Pare anche a me probabile che l'aggiunta de' legati al testamento romano sia stata fatta per la prima volta nel *testamentum per aes et libram* come pensa il Fadda (1) giacchè io ritengo che in sostanza prima del *testamentum per aes et libram* non mancassero, ma solo esistessero indipendenti dal testamento — *calatis comitiis* — come le solite donazioni a causa di morte, che si trovano dovunque. Similmente reputo molto probabile che il principio delle XII Tavole *Uti legassit super pecunia*, ecc., solamente ai legati sia da riferire (2), poichè parmi che il testamento nelle XII Tavole sia presupposto come la cosa più normale nel costume romano (*si intestato moritur*) e indicato col suo proprio nome, mentre d'altra parte era questa fusione delle due istituzioni che occorreva regolare.

E del tutto convincente mi sembra pure l'etimologia della denominazione *legatum* e *legare*, non già da *legem dicere*, bensì da *legare*, nel senso di ordinare, dar mandato, come il *legare* e la *legatio* del diritto pubblico, perchè è questa la forma nella quale le donazioni a causa di morte

---

per la piena intelligenza della successione romana e quasi melanconicamente confessava una cosa che fa molto pensare: « Può ben valere — esclama egli — come una delle prove più convincenti a mostrar quanto poco noi conosciamo, dopo tante fatiche, delle basi fondamentali del diritto romano, il fatto che sinora non s'è riusciti a dare una spiegazione circa il significato e l'origine del principio cardinale del diritto ereditario romano, cioè la regola *Nemo pro parte*, ecc. ».

(1) Op. cit., pag. 166 e seguenti.

(2) Ivi, pag. 199 e seguenti.

dovettero congiungersi colla istituzione del testamento (1); e infine che l'originario legato fosse quello *per vindicationem* (2), perchè è questo legato che presenta la maggior indipendenza dall'eredità, cioè la fusione meno intima col testamento.

---

(1) Fadda, Op. cit., pag. 216 e segg.; cfr. anche Ovidii, *Tristia*, I, 2, 53:

Est aliquid fatoque suo ferroque cadentem
In solida moriens ponere corpus humo
Et *mandare* suis *aliqua* et sperare sepulcrum.

Lo stesso, *Tristia*, III, 3, 43:

Nec mandata dabo? nec cum clamore supremo
Labentes oculus condet amici manus?

(2) Fadda, Op. cit., 175 e segg.; pag. 218 e seguenti.

VI.

Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno (1).

Sommario: 1. Origine dell'eredità romana dalla successione nella sovranità entro la *familia:* origine de' legati dalle donazioni a causa di morte. Richiamo de' principali argomenti sviluppati in altri scritti dall'Autore — 2. Ricerca del concetto dommatico dell'eredità romana. — 3. Teorie, per cui si rappresenta o si continua la personalità del defunto. — 4. Teorie, per cui s'acquista un diritto reale sopra una *universitas* ovvero il patrimonio come una *universitas.* Critica del diritto reale. Critica dell'*universitas.* Significato delle espressioni romane *successio in ius* o *in omne ius* o *in universum ius* (*defuncti*). — 5. Teoria, per cui s'ha un mero acquisto universale, *per universitatem*, d'un complesso di rapporti patrimoniali, attivi e passivi (Brinz e in parte Wächter). Critica: Si esprime solo un principio, non il concetto supremo dell'eredità romana. — 6. Costruzione del concetto romano sulla base storica: l'eredità romana è l'acquisto di un *titolo personale*, il quale è causa e condizione necessaria per succedere ne' diritti e negli obblighi del defunto. Dimostrazione dommatica. — 7. Concetto moderno: l'eredità è *un puro e diretto acquisto patrimoniale* colla caratteristica che si succede ne' debiti anche *ultra vires.* Pertanto la *successio in universum ius*, principio niente affatto equo, è l'unico elemento dell'antica eredità che, almeno formalmente e in diverso atteggiamento, sopravviva nella moderna. Modo non romano e meno equo di determinare il successore ne' debiti. — 8. Crisi dell'antica eredità. — 9. Giustificazione del presente scritto. Valore del diritto romano pel concetto naturalistico degli istituti di diritto.

---

(1) Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, VII, 1894, pag. 151 e seguenti. È ampliata (le aggiunte sono poste tra parentesi quadre) la critica delle costruzioni dominanti in tema di eredità, ma eliminata così la difesa del concetto da alcune obbiezioni, come il rapporto dell'eredità col legato, cioè la costruzione del prelegato; i quali argomenti sono riassunti più organicamente in seguito, ciascuno sotto il proprio titolo. Altre modificazioni hanno carattere formale: per il n. 8 cfr. anche *Sull'origine dell'eredità*, in *Arch. giur.*, vol. LVI, 1896.

1. In diversi scritti (1) io sostenni che l'eredità romana ebbe origine dalla successione primitiva nella sovranità entro la *familia* romana. L'idea era nuova, e solo in quanto s'innestava nel concetto politico della *familia*, essa dipendeva da un germe gittato nella mia mente dalla scuola del mio maestro Scialoja.

Io sostenni altresì che delle due forme di successione, la testamentaria e la legittima, la prima non si è affatto, presso il popolo romano, modellata sulla seconda, ma dovette in ogni tempo, e più ancora nelle origini, tenervi il primo posto, ma che essa non rappresentava se non un sistema di scelta del più adatto a reggere il governo della *familia* tra i varî *sui* (2).

Stimo opportuno richiamare i principali argomenti sviluppati in quel mio scritto.

Io partiva dal fatto che nella società più antica v'ha due istituti, donde la successione patrimoniale privata può scaturire, e sono: 1° la successione nella sovranità del gruppo; 2° l'acquisto de' beni del defunto, in particolare de' beni individuali o acquisiti, di esclusiva spettanza della persona; poichè i beni sociali appartengono al gruppo e non si possono trasmettere se non insieme coll'autorità sovrana al nuovo capo e rappresentante di esso. Determinati quindi i varî sistemi storici per la designazione del successore nel potere sovrano, io stabiliva che il fondo del sistema romano è la

---

(1) Cfr. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, I, 1888, pag. 249. — *Res mancipi* e *nec mancipi*, 1888-89, vol. II, pag. 320-324. — Lettura tenuta nell'ottobre del 1890 e pubblicata nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* dell'anno successivo (1891), pag. 97-143, col titolo: *Origine dell'hereditas e de' legata* (A proposito della massima « Nemo pro parte testatus, etc. »).

(2) [Il concetto di questa scelta (a parte i paralleli del diritto comparato in una serie di società primitive o semicivili) ha due esempî grandi: l'uno il motto celebre di Alessandro Magno morente, che lascia la successione *al più degno*; l'altro è la parola dello zio e tutore di Napoleone, in punto di morte anch'egli, a Giuseppe: « Tu sei il primogenito della famiglia, ma rammentati sempre che questi (e indicava Napoleone) ne è il capo »].

designazione fatta dal predecessore; poichè nello stesso Stato romano ebbe vigore in ogni epoca uno de' sistemi misti, nel quale però il momento caratteristico e perenne è la *designazione fatta dal predecessore.*

Ciò posto, la mia tesi era che la successione ereditaria romana deriva dalla prima corrente. Un primo indizio io ne trassi appunto da questo fatto, che il modo precipuo di designazione dell'*heres*, cioè il testamento, non è che la designazione fatta dal predecessore. Un argomento più intrinseco mi forniva il contenuto stesso dell'*hereditas*, che ricomprendeva già *ab antiquo* tutti i diritti e tutti gli obblighi del defunto (1) e anche qualche cosa di più, i *sacra* e la tutela, la quale doveva in origine essere un potere identico alla *manus* o *potestas;* e insieme col contenuto, il fatto che la vera e tipica *successio in universum ius* trovasi congiunta sempre anche in altri istituti (*adrogatio*, *in manum conventio*, ecc.) coll'acquisto di un diritto di potestà personale e dipendente da esso. Ma la dimostrazione più efficace era basata sull'esame de' principî caratteristici dell'*hereditas* romana, che mentre sono tutti così perfettamente adatti e naturali circa il passaggio della sovranità, si ritrovano invece più o meno disadatti e non naturali nella nuova funzione assunta dall'istituto, la quale li ha esauriti via via quanto alla sostanza del diritto romano stesso, mediante l'introduzione di un'infinità di diritti singolari e di nuovi istituti paralleli, e li ha eliminati pienamente, si può dire, nel diritto moderno (2). I principali, di cui discorrevo l'evoluzione sto-

(1) E anche la successione testamentaria abbraccia l'universalità de' beni. Non v'ha memoria che la successione testamentaria, fatta astrazione dai legati, fosse mai ristretta a una categoria di beni (che avrebbero dovuto essere nella società romana le *res nec mancipi*), mentre invece, quando la successione basata sulla volontà del defunto derivò dalla seconda corrente o ne subì l'influenza, conserva pur sempre, in sostanza, una sfera limitata, o sotto forma di speciali masse di beni o sotto forma di quota disponibile.

(2) Io faceva richiamo al principio biologico della *trasformazione delle funzioni.* Non mi pare ora un lusso inutile riferire come il Dohrn,

rica, sono: la successione nella buona o mala fede del defunto e ne' debiti anche *ultra vires*, il solo principio che il diritto moderno, o almeno il nostro, abbia serbato intatto, sebbene in guisa più formale che sostanziale; il concetto dell'*hereditas sine ullo corpore;* l'importanza del nome di erede, e la necessità dell'istituzione d'erede nel testamento; l'impossibilità di assegnare a titolo ereditario obbietti patrimoniali determinati; la successione *ipso iure* del *suus* e la necessità di adizione per l'estraneo; la revoca assoluta del testamento anteriore, per via di un testamento posteriore valido; l'incapacità di testare del *filius familias*, sia pure col consenso paterno; l'intrasmissibilità dell'eredità deferita; il diritto singolare di accrescimento ereditario; e, infine, l'incompatibilità assoluta della successione testamentaria coll'intestata, cioè la massima « *nemo pro parte*, etc. ».

Io soggiungevo, da ultimo, che il diritto successorio (1) degli altri popoli che si suol paragonare al romano, traendone conseguenze così torte e repugnanti ai principî ed

---

Das Princip des Functionswechsel, Leipzig, 1875, formulava questo principio: « Il succedersi delle funzioni in uno stesso organo (*deren Träger ein und dasselbe Organ bleibt*) ingenera la trasformazione dell'organo *Ogni funzione è la risultante di più componenti, di cui l'una costituisce la funzione fondamentale o primaria, mentre le altre rappresentano funzioni accessorie o secondarie. Il cedere della funzione principale e l'esaltarsi di una funzione accessoria muta la funzione totale* (die Gesammtfunktion); *la funzione accessoria diventa a grado a grado principale, la funzione totale diventa alla sua volta un'altra, e in conseguenza di questo processo verrà pure ad alterarsi la struttura dell'organo* ».

Tale principio non è del resto che un canone speciale della dottrina teleologica del Lamarck; dottrina ben più feconda e importante *per noi* della selezione darwiniana, che nel campo sociale manca della sua base (l'indefinita moltiplicazione degli esseri) nè può quindi avere se non assai modeste e dubbie applicazioni [Per contro la teoria lamarckiana del rapporto tra la struttura e le funzioni ha forse nelle scienze spirituali un'applicazione più sicura che non nelle scienze strettamente naturali, ove incontra un grave ostacolo nella vita caduca degli individui e nella dubbia trasmessibilità dei caratteri acquisiti].

Sarà chiaro che nell'eredità la funzione accessoria in origine, diventata in seguito fondamentale, è appunto la trasmissione de' beni.

(1) Avrei dovuto dire « testamentario ».

all'evoluzione del diritto romano, deriva piuttosto dalla seconda corrente, cioè da quelle specie di donazioni a causa di morte de' beni individuali, dalla quale proviene, a mio avviso, nel diritto romano, l'istituto de' legati, che si accoppiò in seguito coll'eredità nell'unico atto del testamento.

Ebbi il conforto di vedere la mia opinione accolta da parecchi illustri cultori della nostra scienza e da qualche egregio studioso. Mi parvero persuasi i presenti alla lettura, cioè, oltre il prof. Scialoja, i proff. Fadda, Brini, Moriani, De Logu, De Ruggero, Trincheri. I primi due manifestarono anche pubblicamente l'assenso loro, il Fadda nelle sue *Note alle Pandette* del Windscheid (1), il Brini nel suo *Corso sul diritto ereditario*, tenuto nell'anno 1890-91 (2). L'accettarono anche i prof. Palumbo (3), Venezian (4), Costa (5), Brezzo (6), e il mio collega Ascoli (7).

---

(1) Libro II, nota *e*, pag. 615. Inoltre: *Azione popolare*, Torino 1894, pag. 163-164.

(2) Ciò rilevo dalla prolusione del prof. Costa, suo discepolo: « *La familia romana da Adriano ai Severi* », Bologna 1892, v. nota in fine. [V. ora Costa, *Storia del dir. rom. privato*, Torino 1911, pag. 463-464, n. 1].

(3) *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano 1892.

(4) *La causa nel diritto civile italiano*, Roma 1892, pag. 53, n. 1. — Il Venezian accetta pure la mia opinione che i legati non sieno se non un istituto corrispondente in origine alle donazioni a causa di morte de' beni individuali, fuso poi col testamento. Per equivoco suscitato dalle ultime parole del mio scritto egli attribuisce questo pensiero al Fadda.

A questo proposito mi cade in acconcio di osservare che niente imbarazza, anzi giova alla mia tesi il ritenere che nella legge delle XII Tavole fosse disposto anche circa la tutela, cioè che il testo fosse concepito, come è assai più probabile, « Uti legassit super pecunia *tutelave* suae rei ita ius esto ». Il fatto che soltanto all'epoca delle XII Tavole o poco innanzi sia stato concesso di staccare dall'eredità la tutela, questo potere personale, in origine ricompreso nella *manus*, è perfettamente in armonia col mio modo di concepire l'evoluzione dell'eredità. E così mi par risposto adeguatamente all'obbiezione seria, benchè limitata, mossami dallo Schneider, *Kritische Vierteljahresschrift*, vol. XXXVI, 1894, pag. 69.

(5) Dapprima nella citata prolusione al corso di storia del diritto romano: dipoi anche nel suo studio « *Sopra la natura giuridica della*

2. La teoria da me svolta e difesa circa le origini dell'eredità avrà subìto la prova del fuoco e prestato il miglior servizio alla scienza del diritto se, con l'aiuto di essa, mi riuscirà di costruire un concetto concreto e sicuro dell'eredità romana e fissare la differenza di essa dalla moderna.

Giova però anzitutto premettere l'esame critico delle teorie con cui si cercò di sciogliere l'enimma, riuscendo in genere ad avvilupparlo maggiormente, giacchè in nessun campo il vuoto e l'indeterminato della metafisica giuridica hanno esercitato un impero più largo e funesto.

Vedrà nondimeno il lettore come quelle teorie astratte e astruse convergono tuttavia, senza saputa degli autori, a un punto: accostare l'eredità romana ai concetti del diritto pubblico, al trapasso di cariche e uffizî, separarla dagli istituti congeneri (quanto alle funzioni) del diritto privato.

---

sostituzione pupillare » pubblicato nell'*Ist. di dir. rom.*, 1894, pag. 245-332 [Il Costa, il quale richiamava per abbaglio (come tutti gli scrittori citati, salvo il Fadda e l'Ascoli), alcuni precursori dell'idea, ritirò o modificò in seguito la sua adesione piena al concetto].

(6) *La massa ereditaria e il suo riparto*, Torino, Bocca, 1894, pagine 34-35.

(7) Nel suo corso sul diritto di successione tenuto nell'Università di Messina l'anno 1892-93.

[In seguito il mio concetto è divenuto in Italia dominante. Vittorio Scialoja lo svolge nelle sue Lezioni e il Fadda vi ha fondato la sua trattazione sui *Concetti fondamentali del diritto ered. rom.*, Napoli 1900-1902, non rettamente apprezzata dal Testaud, *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, vol. XXVIII, 1904, pag. 512. Il Ferrini, che l'accettava con alcune riserve nelle sue *Pandette*, pag. 735-736, rinunciò in seguito a ogni riserva (*App. alla trad. Leist*, in *Cont. Glück*, vol. XXXVII-XXXVIII, I, pag. 360); e dalla cattedra l'accettano, pare, senza riserve la maggior parte dei romanisti italiani. Applicazioni felici alla spiegazione di istituti equivoci e travagliati del diritto civile (come la cosiddetta successione a titolo singolare ne' debiti) ne fece il Corte-Enna in varî studî (Cfr. principalmente *L'accollo privativo*, ecc., in *Filangieri*, 1910, e *L'animus novandi e l'art.* 2056 *del Codice civile*, in *Riv. di dir. civ.*, 1912). Recentemente ha aderito a questo concetto il Pais, *Storia critica di Roma*, 1913, I, II, pag. 748].

3. Le varie teorie in cui si tentò di riassumere i principî dell'eredità romana, di costruirne, come usa dire, il concetto, si possono ridurre a due fondamentali indirizzi, i quali per lo più si accoppiano l'uno con l'altro, salvo ad avere la prevalenza nella mente degli scrittori ora l'uno ora l'altro.

L'uno di essi è quello rappresentato dalla celebre dottrina per cui l'erede subentra nella personalità o subbiettività del defunto, o rappresenta il defunto e in conseguenza di questa successione e rappresentanza subentra anche nel patrimonio, concepito ora come un unico diritto, ora come un oggetto unico. Il succedere nella rappresentanza o nella personalità ora è formulato in guisa generale, ora si limita il concetto al patrimonio: « personalità economica o patrimoniale ». Come si è svolta questa dottrina?

Il concetto della rappresentanza e del succedere nella personalità del defunto, comincia in origine con esser ciò che realmente è: una metafora o una finzione che ci porge modo di esprimere in una formula intuitiva, in una bella similitudine l'effetto patrimoniale più appariscente e ancora perdurante della *successio in universum ius*, cioè il succedere negli oneri del defunto anche *ultra vires*, e altresì l'obbligo dell'erede di rispettarne le volontà, il quale obbligo per avventura, come vedremo, non è inerente all'eredità romana classica.

Tale è il valore che ha la formula nella Novella 48 di Giustiniano, in cui la dichiarazione dell'unità personale del defunto e dell'erede è attenuata con le particelle πως, που, equivalenti all'incirca alle latine *quodammodo*, *fere*: tale è altresì presso i Glossatori che dichiarano l'unità personale del defunto e dell'erede una *fictio*. Ma ne' giureconsulti posteriori cotesta immagine, e cotesta finzione rettorica, incomincia insensibilmente ad acquistare l'importanza di una precisa costruzione giuridica.

Grozio è fra i vecchi uno di quelli che hanno costruito con maggiore nettezza questo concetto: il fondamento del

diritto ereditario è, a suo avviso, nel fatto che l'erede *personam defuncti refert, non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis* (1).

Il Savigny è forse il primo che l'abbia colorito e sviluppato e altresì, indagandone le origini, abbia messo in voga le false intuizioni storiche che vi si ricollegano. Io riporto perciò il suo ragionamento, diretto a giustificare la costruzione artificiosa dell'eredità romana: « Potrebbe immaginarsi che una legislazione si limitasse a disposizioni, per le quali le singole parti del patrimonio, che rappresentano un valore, venissero a essere anche in realtà acquistate dalle persone alle quali spetta il patrimonio vacante; con ciò si provvederebbe a quanto basta per il bisogno pratico immediato. Se però si pone mente alla vera essenza e alle esigenze del rapporto giuridico di cui si tratta, si dovrà considerare il patrimonio come una unità, la cui base è da ricercarsi nella relazione di tutte le parti alla persona del defunto; e questo ci riconduce necessariamente a considerare il patrimonio come una mera quantità, facendo astrazione dalla varia qualità de' singoli elementi che concorrono a formarlo. In termini tecnici ciò si esprime così: Ogni successione ereditaria deve essere considerata come una *successio per universitatem*, a fianco della quale solo in via subordinata e come eccezione, può pure aversi una successione particolare in singole parti del patrimonio. È uno de' più notevoli fenomeni della storia del diritto romano il modo chiaro e preciso, come in esso è stato riconosciuto e svolto questo principio, e anzi solo in virtù del puro senso pratico, molto prima che potesse neppure pensarsi a una elaborazione scientifica di questo istituto giuridico.

« Da tutto ciò risulta che vi hanno due modi di considerare il diritto di eredità, ciascuno de' quali è ugualmente

---

(1) Grotius, *De iure belli ac pacis*, Francf. 1696, II, c. 21, § 19, pag. 675. Sono in questa schiera: Cocceio, Volfio, Pufendorf e gli altri della scuola del diritto naturale.

vero e importante. La successione infatti si presenta in primo luogo come un modo di acquisto di tutti i singoli diritti che fanno parte del patrimonio, come *adquisitio per universitatem.* In secondo luogo l'oggetto della successione apparisce come formante un diritto di natura propria e per sè stante, una *universitas*, e a ciò specialmente si riferisce il modo particolare di far valere quel diritto. Entrambi questi due punti di vista si trovano compresi nel concetto, secondo il quale gli eredi formano col defunto una stessa persona, di guisa che questa viene continuata e rappresentata da essi » (1).

È naturale che simili concetti non venissero intesi a un modo da tutti. Il Puchta tenta di concepire il rapporto così: « L'eredità è un diritto sulla persona del defunto, la quale si riguarda come immanente e perdurante nell'erede: e solo in conseguenza essa è un diritto sul patrimonio concepito come *universitas* » (2). Lo Scheurl raccolse in origine precisamente l'idea del Puchta (3), ma dipoi abbandonò totalmente questo campo.

Fautori principali della continuazione o unità personale o della rappresentanza sono i seguenti scrittori, alcuni de' quali fecero i più grandi sforzi per costruire in questo senso il concetto dell'eredità: Hartizsch (4), Beckhaus (5), Jhering (6), Böcking (7), Keller (8), Sohm (9), Hölder (10), Leist (11),

---

(1) Savigny, *Sistema del diritto romano*, trad. ital. Scialoja, vol. I, pag. 380-382; testo tedesco, pag. 383-384.

(2) Puchta, *Inst.*, 2ª ed. Rudorff, Leipzig 1851, pag. 217, 220; *Pandette*, 3ª ed. Rudorff, Leipzig 1856, § 446, pag. 631-632.

(3) Scheurl, *Beiträge*, vol. I, n. 1.

(4) *Das Erbr. nach röm. u. heut. R.*, Leipzig 1827, § 4, pag. 4.

(5) *Grundz. des gem. Erbr.*, Jena 1860, vol. I, § 2, pag. 2.

(6) *Abhandlungen*, n. 3.

(7) *Pand.*, Bonn 1853, vol. I, pag. 256, trad. Squitti, pag. 576.

(8) *Pand.*, Leipzig 1867, § 456, pag. 333.

(9) *Inst.*, Leipzig 1884, § 95, pag. 317-321.

(10) *Istituzioni*, trad. Caporali, pag. 316.

(11) *Glück's Fortsetzung*, vol. XXXVII, § 38, pag. 169.

Sintenis (1), Dernburg (2), Van Wetter (3), De Crescenzio (4), ecc. ecc.

Questo domma ha però, come dicemmo a principio, i suoi scismi: non tutti gli scrittori citati credono all'immanenza della personalità del defunto o non si capisce almeno se vi credano. Secondo alcuni, l'ombra del defunto, questo « residuo persistente dell'esistenza sua », come la chiama Hölder, deve accompagnare l'erede sino al momento dell'adizione: adempiuto che abbia al suo debito, aiutando l'erede ad acquistar l'eredità e addossarne i carichi, se ne torna paga nel regno delle ombre, dove nessun scrittore avrebbe mai dovuto turbarla.

In altri scrittori simili idee sono messe in un certo modo che assumono tutt'altro carattere. L'eredità è definita senz'altro come successione universale nel patrimonio del defunto, cioè precisamente quello che gli ortodossi dicono che in principio (*an erster Stelle*, *an erster Linie*) essa non è, e poi si soggiunge che l'erede continua, rappresenta il defunto o la sua personalità patrimoniale. Tale è in fondo l'idea del Mayer, per cui l'eredità è « un diritto speciale di succedere nell'universalità de' rapporti patrimoniali mediante rappresentazione personale ». Tale è l'idea dello Arndts, che dopo aver definito l'eredità « l'immediato subingresso nell'universalità de' rapporti patrimoniali del defunto », soggiunge: « Essa non altera in nulla la posizione giuridica in cui quest'ultimo si trovava al momento della sua morte, ma continua quasi (*gleichsam*) la sua personalità patrimoniale ». Così pure il Salkowski.

Il trionfale concetto che tutto spiega diventa una cosa pallida pallida e quasi evanescente: giungendo a questo, non si sa perchè non si voglia riconoscere che trattasi

---

(1) *Das prakt. gem. Civ. r.*, Leipzig 1869, vol. III, § 158, pag. 195.

(2) *Pand.*, Berlin 1887, vol. III, § 55, pag. 94-97 [4ª ed., 1894, pag. 95 e seguenti].

(3) *Cours élém. de droit romain*, Gand-Paris 1876, vol. II, pag. 371.

(4) *Sistema del diritto romano*, Napoli 1869, § 214.

di una metafora o di un modo di dire per figurarsi il succeder negli oneri.

Com'è noto, la continuazione della personalità è una frase popolarissima negli scrittori francesi e italiani; ma fortunatamente nel suolo latino assume presso tutti questa posizione subordinata e meno significante.

Cresciuta su questo terreno della continuazione della personalità è l'opinione del Lassalle che l'erede nell'antico *ius civile* non fosse nient'altro che « il continuatore della volontà subbiettiva del defunto »: solo in seguito, mercè una lunga e faticosa lotta tra la volontà dell'ereditando e quella dell'erede, l'istituto avrebbe assunto il carattere di trapasso patrimoniale (1).

Verso la fine del secolo XIX l'idea della continuazione della personalità prese a godere minor favore e minor seguito. Non solo i più autorevoli scrittori, il Köppen, lo Schirmer, il Förster, l'Unger, il Bruns, il Windscheid e il Brinz l'hanno riprovata e combattuta: financo i suoi migliori seguaci, lo Scheurl e il Jhering, l'abbandonarono in seguito.

Anche da noi perde terreno: e dalla cattedra non credo che molti la insegnino, se non è per criticarla e mostrarne gli assurdi.

---

(1) L'idea del Lassalle quanto al diritto antico sembra la più vuota astrazione in questo campo. Tuttavia l'avere staccato interamente l'eredità dalla patrimonialità nel concetto genetico romano gli giova immensamente a far ch'egli scorga la peculiare e artificiosa struttura della eredità romana, che per uno strano travolgimento di idee si reputa più adatta appunto perchè innaturale e artificiosa, e anche a far che egli, sino a un certo punto, si raffiguri abbastanza bene lo sviluppo storico. Quando egli dichiara che l'ammettere contro tutte le testimonianze una preminenza originaria della successione intestata sulla testamentaria in Roma « è uno de' più gravi e radicali errori » (pag. 23), quand'egli rileva che il concetto germanico della successione è assai più del romano rispondente alla nostra coscienza e alle nostre istituzioni (pag. 477), quand'egli esclama che un antico romano non riconoscerebbe nel nostro testamento un testamento (pag. 593), io non posso che dare a lui perfettamente ragione, e torto invece al Jhering, che di queste sane idee lo deride (V. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, pag. 31-35).

[Nondimeno ancora al giorno d'oggi, dopo esser parsa estinta, questa antica popolarissima teoria risorge su fondamenta biologiche o storiche male apprese. Ho udito io stesso nel VI Congresso giuridico tenutosi a Milano nel 1906 invocare per queste dannate concezioni le moderne teorie della eredità fisiologica e psicologica: e anche all'estero un illustre romanista di indirizzo storico e critico, come il Mitteis e un giovane serio e studioso, come il Manigk, tornano ad attribuire alla stessa formula il valore di un concetto giuridico e di un pensiero nutrito dagli stessi giureconsulti romani (1).

Giova pertanto su questo punto intendersi e sottoporre il concetto a una critica nuova, ma insieme a un'analisi spregiudicata del suo valore e della sua origine.

La complessità della successione, la sua cosiddetta universalità, l'assunzione de' debiti, la responsabilità per la buona e mala fede del defunto, e infine l'obbligo di rispettare la volontà del defunto, di atteggiarsi veramente come il suo continuatore e il suo esecutore (obbligo di cui non si avverte il carattere più che recente e sovrattutto giustinianeo) costituiscono, per così dire, gli elementi organici e a prima vista gli argomenti quasi irresistibili di questa teoria.

Si adducono altresì testi impressionanti a dimostrare che i Romani stessi hanno intravisto questa natura della eredità, che tale insomma è il loro pensiero. Così Cicerone asserisce che *nulla est..... persona quae ad personam eius*,

---

(1) [L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig 1908, § 6, passim.; Manigk, *Hereditarium ius*, in Pauly Wissowa, *Realenc.* Riferisco la spiegazione, che torna a dare il Mitteis (il quale pure sembra conoscere i miei scritti), del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest:* « Se l'erede testamentario deve rappresentare l'ereditando come farebbe un figlio vero, è assurdo spezzare in frammenti questa immagine (l. c., pag. 101) ». In ogni occasione gli storici della successione sembrano dimenticare una cosa: che non è poi un miracolo così impossibile che l'uomo abbia più figli, e specialmente l'uomo primitivo, di molti secoli anteriore alle preoccupazioni malthusiane].

qui vita emigrarit, propius accedat (Cic., *De Leg.*, II, 19, 48), così i giureconsulti classici dicono che l'eredità giacente *defuncti personam sustinet.* Ma il più forte appoggio delle fonti è in un testo prettamente giustinianeo, estraneo alla compilazione, cioè la Novella 48 pr., dove come conclusione a una specifica statuizione ignota alla giurisprudenza classica, anzi tale, che sarebbe stata ripugnante ai suoi principî, l'imperatore dichiara, come suona il testo nella versione latina: « nostris legibus una quodammodo videtur esse persona heredis, et eius qui in eum transmittit hereditatem ». E poco di poi al c. 1, § 1, della stessa novella, ribadisce lo stesso concetto che gli eredi « idem fere cum defuncto esse videntur ».

Ora anzitutto dal punto di vista critico osserviamo: il còmpito della costruzione non può esser quello di formulare unicamente la *successio in universum ius*, bensì di riassumere in una più alta sintesi tutti i principî fondamentali dell'*hereditas.*

E anche rispetto alla *successio in universum ius* non si tratta di presentare il fenomeno del succedere in una formula immaginosa, atta, se si vuole, a imprimerla nelle menti, ma pur sempre gonfia, inesatta, bensì di esprimerlo con precisione, con netti contorni, abbracciando nè più nè meno di quel che si vuol definire.

Scendendo a un esame più preciso, quelle formule ci si dimostrano pericolose ed errate. Pericolose, perchè metafisiche e retoriche a un tempo stesso (è noto come questo succedersi via via delle personalità de' defunti nella serie degli eredi di generazione in generazione abbia eccitato la *verve* ironica di un geniale romanista), sicchè nascondono la sana e limpida espressione del fenomeno e divengono atte a fuorviare più che a guidare. E solo per uno smarrimento logico, in quanto si confonda il concetto della successione con la qualità delle persone che succedono, può parere legittimo invocare per questa concezione le moderne teorie dell'eredità fisiologica e psicologica. Il termine di

eredità si è applicato dai biologi alla trasmissione fisiologica de' caratteri nell'uso moderno della parola, che identifica erede e figlio e non sa più scindere le due qualità; ma dubito che ai Romani, a cui, data la preminenza dell'*heres scriptus*, la parola richiamava più la designazione (sia pure dell'un de' figli, il *filius heres*) che non la relazione naturale col defunto, il concetto dell'eredità fisiologica sarebbe stato così intelligibile come a noi: certo nell'uso della lingua latina esso non è.

Ma le formule della continuità e della rappresentanza sono poi errate quando a esse si voglia attribuire un senso reale e concreto, cioè se si vuol dare alle parole il senso positivo e giuridico che esse hanno. Personalità significa capacità: ora l'erede non deriva la sua capacità dal defunto, non sopprime nè duplica la sua personalità. Rappresentanza significa non essere investito come titolare de' diritti, ma esercitarli nell'interesse di altri, agire in altrui nome: ora l'erede è titolare senz'altro de' diritti e rapporti ereditari, agisce non in nome del defunto, ma in nome proprio.

Più errate sono quelle formule quando esse raffigurano l'erede come un continuatore e un esecutore delle volontà del defunto. L'erede ha una volontà propria: una cosa è anzi precisamente caratteristica, ed è che in quei rapporti i quali esigono una volontà permanente, e pertanto s'interrompono col cessare di essa, come la società, il mandato, il rapporto institorio, il possesso, l'esercizio del *ius prohibendi*, l'erede non subentra punto e la morte rappresenta una soluzione di continuità: solo per via di deroghe positive si è giunti nel diritto giustinianeo, in una serie di rapporti a volontà continuativa, a sancirne la permanenza, in base a una presunzione o finzione di volontà, finchè l'erede non ne abbia espresso una contraria.

Che poi l'erede sia un esecutore della volontà del defunto, è un concetto storicamente e dommaticamente secondario, che nel diritto classico si affaccia appena col legato, col fedecommesso e solo con Giustiniano assume anch'esso

una più larga esplicazione. Certamente è questa una funzione crescente e assorbente, ma è una funzione nuova e speciale all'erede tra i varî successori universali, la quale non ha nulla che vedere con la sua vera posizione di continuatore de' rapporti giuridici costituiti in testa al predecessore, che egli ha comune cogli altri successori universali.

Perciò tra le diverse varianti del concetto della personalità giuridica la più errata dal punto di vista del diritto romano è quella preferita da Ferdinando Lassalle, che scorge nell'eredità la perpetuazione della volontà del defunto.

Finalmente non dimenticheremo di richiamare il lato debole più nascosto di questa spiegazione fantastica: che essa, mentre de' fenomeni e de' principî del diritto ereditario non si propone di spiegare se non la successione, d'altra parte alle altre successioni, cioè alle successioni universali tra vivi, in cui si ha pure lo stesso acquisto in blocco, lo stesso subentrare ne' rapporti in generale, non si può nemmeno pensare di applicarla.

Quanto ai testi classici invocati, essi sono ben lungi dall'esprimere tale concetto. Cicerone, parlando dell'obbligo de' *sacra* e dello sforzo compiuto dai pontefici per addossare i *sacra* ai beneficati dal patrimonio del defunto, dichiara che l'erede è pur sempre il più indicato ad assumere tale onere, perchè è la persona *più prossima* al defunto; il che è certo, ma non significa che sia la stessa persona, anzi piuttosto il contrario. I testi de' giureconsulti poi si riferiscono all'eredità giacente, non all'erede: e nell'eredità giacente è naturale continuare per finzione la personalità del defunto, finchè non sopraggiunge l'erede. Più gravi sono le parole di Giustiniano, ma con Giustiniano siamo in un'epoca in cui le concezioni metafisiche cominciano a prendere il posto delle concezioni realistiche e storiche in un diritto ormai sradicato dalla sua sede e dalle sue basi. Occorre appena ricordare che Giustiniano riporta a una fantastica unità personale del padre e del figlio financo il divieto delle donazioni tra padre e figli, che è ormai una singolarità nel sistema

del diritto giustinianeo, ma che era invece un elemento organico nell'antica costituzione familiare. D'altra parte nel diritto giustinianeo la successione si è in parte ampliata anche ai rapporti che esigono una volontà continuativa o che nascono per la prima volta in testa all'erede per volontà del defunto, cioè la funzione dell'erede esecutore della volontà del defunto ha acquistato maggior rilievo: sicchè egli è perdonabile se ha confuso i due fenomeni e ha creduto di trovare nel nuovo la spiegazione dell'antico. Finalmente lo stesso Giustiniano non esprime nettamente il concetto odierno, ma lo attenua (*quodammodo*, *fere*) in guisa da eliminare ogni valore giuridico e positivo e ridurlo a una mera immagine.

Piuttosto che proseguire nella critica è pregio dell'opera indagare le ragioni del perdurare di formule siffatte. Ora, a ben guardare, una è tutt'altro che lieta per la nostra scienza in generale. Purtroppo la scienza del diritto come tale è ancor lungi dall'essere sicura e formata. In simili condizioni gli studiosi operano come i fanciulli: l'istinto che li spinge a cercare la ragione delle cose si appaga di frasi abbaglianti, vuote, astratte e quindi un poco misteriose. Tale era un tempo lo stato delle scienze fisiche, quando motivi come l'orrore del vuoto potevano tranquillizzare gli spiriti pensanti. Un'altra ragione, pur avendo la stessa radice, è meno sconsolante. Come in quei vecchi motivi della fisica antica si nascondeva talvolta una remota intuizione del vero, cioè della legge fisica, così un vago sentore dello stato vero delle cose, una certa analogia di sostanza e di termini con posizioni in cui si è investiti di un rapporto così come era in testa a un altro subbietto, mantengono in vita quelle formule e ne perpetuano il favore. Il fenomeno della *successio* esprime che i rapporti giuridici, i quali trapassano nell'erede, permangono identici (*succedit* si traduce esattamente subentra), in modo che l'erede pare continuare il defunto o piuttosto egli è investito di diritti e di responsabilità come se avesse iniziato, creato lui quei rapporti in testa propria

al momento in cui sorgevano in testa al defunto. Ora precisamente nelle situazioni giuridiche in cui questo fenomeno si verifica, si suole parlare di una personalità, di una rappresentanza che viene assunta. Quali sono queste situazioni? Nessun dubbio che la più evidente, quella che offre la più schietta analogia con la posizione dell'*heres* (come analogia era stata richiamata già prima de' miei studî) sia offerta dalle cariche pubbliche, nelle quali per l'appunto si trasporta il termine *persona* come una veste diversa di cui il subbietto è ammantato, quasi nel significato originario di maschera o parte in teatro. Chi è titolare di una carica pubblica può ben recare in essa la sua volontà e disporre liberamente là dove il suo predecessore non si era ancora impegnato: ma se questi si era impegnato, egli è tenuto agli obblighi assunti dal suo predecessore, in quanto subentra nella carica, e quindi ne assume le responsabilità, come assume i diritti d'impero inerenti alla funzione. Se non che il parallelo giova a comprendere l'equivoco in cui si cade, volendo significare il fenomeno cogli stessi termini del diritto pubblico. Nelle cariche pubbliche non si può dire che l'attuale investito continui il suo predecessore come persona *nella sua capacità generale*, bensì egli lo continua come titolare della carica, nella sua personalità, se si vuole, *di magistrato*, *di funzionario*, ecc.; non si può dire ch'egli rappresenti la persona del suo predecessore, bensì rappresenta una personalità che ha qualche cosa di immanente, che si stacca dal subbietto, che ne è attualmente investito, non altrimenti che la maschera di cui è ricoperto l'attore nel teatro antico.

Ma l'erede non assume nel diritto storico una carica, l'eredità non trasmette una funzione: l'erede è un subbietto di diritto privato, che acquista un complesso di diritti patrimoniali col passivo a essi inerente, e li aggiunge ai suoi. Non potendo quindi esprimere in modo aperto e preciso quei concetti a cui l'elemento più appariscente della struttura dell'eredità, la *successio*, sembra trascinare, e pur sentendo che

qualchecosa par giustificarli, si dà a essi istintivamente un carattere astratto, indefinito, a mezz'aria, che già si rileva nel *quodammodo* e nel *fere* di Giustiniano. Ma questa indeterminatezza, questa inafferrabilità è la condanna scientifica del concetto: meglio per la scienza un errore patente, che una ipocrita oscurità.

È bene aver rilevato le analogie non dubbie, che sono in parte le radici incoscienti del perdurare di queste illusorie formule, perchè esse gittano un nuovo bagliore sulla genesi dell'eredità; ma dal punto di vista dommatico noi dobbiamo rigettare simili definizioni, che intese *cum grano salis* non fanno che esprimere in forma scintillante il fenomeno di cui si cerca la spiegazione, prese alla lettera, o apprese più con la fantasia che con la ragione, non giovano a nulla e menano in una selva d'errori].

4. Gli scrittori più recenti hanno scorto che nella continuazione o rappresentanza personale non c'è di vero se non il fatto che l'erede subentra ne' rapporti patrimoniali com'erano in capo al defunto, continua la signoria che questo esercitava sul patrimonio e com'egli la esercitava, subentra, come anche si dice, nella posizione giuridica del defunto rispetto al patrimonio. E se la nuova dottrina si fosse limitata a dir questo e non altro, si potrebbe dubitare bensì che tale enunciato ci rappresenti tutto il concetto dell'eredità romana; ma che esso esprima un principio esatto non v'ha dubbio. Gli è questo principio che i Romani voglion significare quando essi dicono che l'erede subentra *in ius mortui*, *in locum et ius mortui* o che l'erede è un *iuris successor* (1), che, insomma, egli « eiusdem potestatis iurisque esse cuius fuit defunctus constat » (2). « In locum et ius », è quasi una figura di ἐν διὰ δυοῖν per la formula attuale: « posizione giuridica ». Anzi veramente caratteristico è il fatto che il

(1) Paul., L. 9, § 1, D. *de ed.*, 2, 13.
(2) Ulp., L. 59, D. *de r. i.*, 50, 17.

concetto della « successione giuridica », che noi moderni applichiamo a ogni trasferimento di diritti, sia dai Romani limitato all'eredità e che significhi precisamente il succedere nei « commoda et incommoda » dell'eredità deferita (1).

Ma, sventuratamente, se si rinuncia alla continuazione della personalità, non si perviene a far getto di un'altra illusoria astrazione: il patrimonio concepito come un tutto ideale, come un oggetto *unico*.

Questa unità patrimoniale, comprendente debiti e crediti, si chiama *universitas* o *universitas iuris*. In essa si è visto un concetto più ampio ed elevato del patrimonio, che si contrappone al concetto usuale, comprendente soltanto l'attivo, e si designa col nome di concetto romano in antitesi al cosiddetto concetto germanico del patrimonio. L'erede subentra ne' rapporti come erano in testa al defunto, in quanto non subentra immediatamente in singoli e separati diritti, ma in un oggetto *unico*, che è l'*universitas*.

La prima forma in cui questo concetto si presentò agli spiriti è quella dal punto di vista intrinseco e veramente logico più assurda, ma dal punto di vista esteriore e meramente dialettico la più corretta: di stampo quindi schiettamente medioevale e scolastico. L'eredità è un diritto reale su di una *universitas*. Tale è l'idea più antica onorata di una lunga tradizione dalla Glossa sino agli ultimi giuristi del secolo scorso (2). Il Thibaut, nel suo *Sistema del diritto delle*

---

(1) Ulp., L. 13, pr. D., *Comm. praed.*, 8, 4; Paul., L. 4, § 15, D. *de us.*, 41, 3; Pap., L. 11, pr., D. *de div. temp. praescr.*, 44, 3. Nel senso che vi si ricomprendono i crediti; Pomp., L. 37, D. *de a. vel a. her.*, 29, 2. Io richiamo in proposito ciò ch'ebbi a dichiarare nella mia *Origine dell'eredità*, in *Bull.*, 1891, pag. 120, n. 1 [v. sopra pag. 128, n. 1. La proposizione da me formulata nel testo fin dal 1894, che limita il concetto della *successio* nel pensiero genuino de' Romani all'eredità e in generale alla cosiddetta *successio per universitatem*, è stata poi esegeticamente dimostrata dal Longo, *L'origine della successione particolare*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIV, 1903, e da me nello scritto *La successio in universum ius e l'universitas*: v. in seguito].

(2) Così Voet, Eineccio, Ubero, ecc. La ritengono anche Pfaff e Hofmann.

Pandette, fa per l'appunto due classi de' diritti reali: diritti reali sulle cose il cui oggetto non è una *universitas*, e diritti reali il cui oggetto è una *universitas:* questa ultima categoria è costituita dall'eredità (1).

Tale opinione nacque nella mente de' primi interpreti sì dalla terminologia *successio per universitatem*, sì dal contemplare l'essenza unica e il carattere assoluto della petizione di eredità, anzi fu proprio suggerita dall'esser la petizione d'eredità annoverata tra le azioni reali; e mentre con siffatta costruzione si poteva credere di aver spiegato nel modo più acconcio la designazione dell'azione ereditaria, dovette anche parere che si desse ragione del carattere più appariscente dell'acquisto ereditario, la *successio in universum ius*. Gli altri principî, è naturale, restano nell'ombra e, per la stessa *successio in universum ius*, tale concetto, dato pure che sia ammessibile in sè, non significa nulla, perchè la caratteristica singolare di essa, la cosiddetta rappresentanza del defunto, ne resta fuori.

Che i rapporti giuridici nel passaggio dal defunto all'erede permangano identici, non è cosa che si comprenda più agevolmente, ammettendo il passaggio di un diritto unico o di diritti singoli e separati. Se non che, ciò che più importa, cotesto diritto reale unico sopra un complesso di diritti, cotesto diritto reale che sparisce appena attuato, è un vero assurdo; e poichè fortunatamente è questo un assurdo del quale il tempo pare abbia fatto giustizia, lasciamo questa opinione e passiamo alle altre che non sono ancora giù di moda.

Gli scrittori moderni hanno abbandonato il concetto di un diritto reale sull'*universitas;* ma non sono pervenuti a fare getto dell'*universitas* intesa come un oggetto unico, distinto dai singoli oggetti che ne fanno parte.

Questa dottrina ci si è offerta per lungo tempo accompagnata alla precedente dottrina della rappresentanza patri-

(1) Thibaut, *Pand.*, Jena 1834, vol. II, pag. 341.

moniale del defunto: l'inevitabile insoddisfazione dello spirito, e anche quello smarrimento che invade chi si perde in vuote astrazioni, spinge facilmente ad accumulare formule e frasi e moltiplicare gli errori. Ma la dottrina dell'*universitas*, per la sua apparenza più positiva e pel maggiore appoggio nella terminologia delle fonti, ha resistito anche al debellamento della vecchia teoria della personalità. L'*universitas* è il tramite, per cui si vuol far succedere l'erede ne' rapporti patrimoniali del defunto. Si dice: l'erede subentra nell'unità patrimoniale, in una *universitas*, non già in diritti singoli e separati (1). Alcuni tentano di rendere intuitivo questo nuovo mistero dommatico mediante l'uso di formule drastiche, come si fa coi misteri della fede. Così l'Unger, lo Schirmer e il Windscheid: « L'erede non subentra necessariamente in tutto il patrimonio (*totum ius*), ma necessariamente acquista il patrimonio come un tutto (*universum ius*) » (2). Più svelatamente il Förster: « Tutti i diritti dell'ereditando trapassano nell'erede non già come *omne ius*, bensì come *universum ius* » (3). Nessun uomo latino avrebbe immaginato mai di dir cosa tanto diversa, adoperando gli aggettivi *omnis* o *universus;* nessun giureconsulto avrebbe

---

(1) Così, ad esempio (oltre, s'intende, gli autori che mantengono con questo concetto anche la continuazione personale): Scheurl, *Inst.*, § 26; Baron, *Pand.*, 3ª ediz., § 387; Köppen, *Lehrb. des heut. röm. Erbr.*, Würzburg 1886-1888, pag. 12, 19, 42; *Jahrb. für die Dogm.*, V, 127, 129; Seuffert, *Prakt. Privatrecht*, Würzburg 1860, vol. II, § 516, pag. 124; Förster, *Theorie u. Praxis des heut. gem. preuss. Pr.r.*, Berlin 1873, vol. IV, pag. 8 (Il Förster spiega con questo concetto anche la massima *Nemo pro parte*, ecc.; il che farebbe che si dovesse intenderla e ammetterla anche nel diritto nostro); Bruns, in *Holtzendorff's Encycl.*, 5ª ediz., Leipzig 1890, *Das heut. Pr.r.*, § 95, pag. 555, 557; Unger, *Syst. des österreich. allgem. Pr.r.*, Leipzig 1879, vol. VI, pag. 8, § 2: Schirmer, *Handb. des röm. Erbr.*, Leipzig 1883, vol. I, pag. 7, § 2, pag. 10; Wendt, *Pand.*, Jena 1888, § 323, pag. 727; Rivier, *Tr. du droit de succ. à cause de mort*, Bruxelles 1878, pag. 4, 24; Windscheid, *Pand.*, 6ª ed., Frankf. 1887, vol. IV, pag. 2,

(2) Unger, Op. cit., pag. 17; Schirmer, Op. cit.. pag. 10; Windscheid, *Pand.*, vol. IV, pag. 4.

(3) Förster, l. c.

mai potuto supporre ch'egli, chiamando la successione ereditaria « *in omne ius* o *totius iuris* », si esprimeva in modo assolutamente erroneo: poichè nelle fonti si trovano tutte e tre le espressioni: *omne ius*, *totum ius*, *universum ius* (1).

E cotesta unità patrimoniale sembra tener saldo e aver basi incrollabili nella tradizione ininterrotta e nelle fonti romane. La caratteristica essenziale e la *superiorità* del diritto romano sul germanico al riguardo la si vuol appunto riporre in questa « unità del patrimonio » ben distinta dal complesso delle sue parti. Eppure anche questo concetto non è che un fantasma privo di senso, più ancora che la continuazione personale, la quale almeno è una comoda metafora.

Il patrimonio è un complesso di diritti, cui l'unità della persona o dello scopo tiene insieme e naturalmente assoggetta a comuni vicende giuridiche. Dicendo, a esempio, che il patrimonio di una persona è la garantia de' suoi creditori, certo non si dice altro se non che i creditori debbono esser soddisfatti sui beni, sui diritti patrimoniali del loro debitore; non si pone una unità superiore e distinta dal complesso de' diritti patrimoniali. Come unità distinta il patrimonio non si può immaginare se non a patto di concepire anche un diritto *unico e uniforme* su questo oggetto, mentre è chiaro, a esempio, che l'usufrutto di un patrimonio non è che l'usufrutto de' singoli elementi di esso, e tanto diversamente qualificato secondo la diversa natura di questi, che rispetto ad alcuni non è più giuridicamente usufrutto. Volendo sostenere un simile concetto, più ragionevole sarebbe di ritenere l'antica opinione, che attribuiva all'erede un diritto parallelo alla proprietà sul patrimonio; più ragionevole, in quanto salva almeno le apparenze della logica: e per vero qualche scrittore (a esempio, il Köppen) insensibilmente vi ricade.

---

(1) [E in tutte e tre l'*omne*, il *totum*, l'*universum* derivano da interpolazione giustinianea. V. in seguito *La successio in universum ius e l'universitas*].

Il preteso appoggio delle fonti non è poi che un viluppo di equivoci. Esse parlano bensì di « successio per universitatem » o « successio in omne ius » o « in universum ius », ma non vogliono punto significare che s'acquisti un unico oggetto; significano anzi che s'acquistan molti oggetti, molti diritti, che s'acquistan tutti i diritti del defunto, anche quelli altrimenti intrasmissibili e anche i puri oneri. E se *in omne* o *in universum* o *per universitatem* accennano a questa assunzione generale de' rapporti patrimoniali del defunto (anche l'erede *pro parte* ha in ogni rapporto giuridico la sua parte), dall'altro lato *ius* deve, come si vide, nel pensiero dei Romani insegnare che non soltanto i diritti, ma anche gli oneri seguono l'erede; che, insomma, egli subentra nella posizione giuridica del defunto (1). Ciò che par contraddire a questa semplice nozione della « successio in universum ius » non ne è invece che una luminosa conferma. Se il patrimonio nel concetto ordinario non comprende pe' Romani se non l'attivo (2), è naturale che a proposito della *bonorum possessio* s'avverta che qui i *bona* s'hanno a intendere come una *universitas* che ricomprenda attivo e passivo, che costituisca il sostrato di una *successio in ius* nel senso romano: « Bona autem *hic* — ita accipienda sunt universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, *in hoc loco* proprie bona appellabuntur » (3). *Universitas* non designa qui un oggetto unico, distinto dai *bona*, ma un complesso di oggetti, che

---

(1) [V. la nota precedente. L'espressione classica era *successio* o *successio in locum*, *successio in ius*. Giustiniano, creando la *successio in singulas res*, ampliò per antitesi la designazione classica della vera *successio* e ne alterò il concetto].

(2) È nota la definizione: « Bona intelliguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt ». Del resto ogni qual volta si fa parola di *bona* o *in bonis* si allude sempre all'attivo.

(3) Ulp., L. 3, pr. D. *de b. p.*, 37, 1.

ricomprende, oltre i *bona*, anche il passivo: il patrimonio in senso più lato o, per meglio dire, la situazione patrimoniale più che il patrimonio (1). È naturale che il giureconsulto romano, sempre a proposito della *bonorum possessio*, ribadisca la massima: « Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam et ius successionis, non singulas res demonstrat » (2). Ciò che preoccupa i giureconsulti è pur sempre il subentrare anche ne' pesi e nelle responsabilità, il succedere *in locum et ius* anzichè nelle cose, com'essi dicevano: e li preoccupa specialmente — il che è pure un indizio caratteristico — nella *bonorum possessio*. « Hereditatis autem (prosegue Ulpiano nel frammento citato) bonorum possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim iuris magis, quam corporis possessio ». E gli è pure in questo senso che l'eredità è detta da Pomponio un « iuris nomen » come la *bonorum possessio:* non altro vuol significare il giureconsulto se non che l'eredità e la *bonorum possessio* designano una posizione giuridica piuttosto che oggetti corporali. L'argomento che egli n'adduce è infatti che l'eredità « sine dubio continet etiam damnosam hereditatem » (3).

E in questo senso i Romani potevano anche annoverare l'eredità tra le *res incorporales*. Ma del resto che cosa può valere al nostro oggetto una classificazione, in cui si confondono cose corporali e diritti, e in cui si conclude che non importa « quod in hereditate res corporales contineantur », nè che i frutti del fondo tenuto in usufrutto sieno corporali, e spesso anche l'obbietto ultimo della obbligazione, poichè a ogni modo « ipsum ius hereditatis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est? » (4).

---

(1) [Anche la L. 3 pr., D. *de b. p.*, 37, 1, è interpolata: v., in seguito, *La successio in universum ius*, ecc. Ma nello stesso diritto giustinianeo l'*universitas* patrimoniale non si può concepire se non come è già indicato nel testo].

(2) Afr., L. 208, D. *de v. s.*, 50, 16.

(3) Pomp., L. 119, D. *de v. s.*, 50, 16.

(4) § 2, Ist. *de reb. inc.*, II, 2; Gai., II, 12-14.

Che il diritto di succedere sia cosa incorporea, come tutti i diritti all'acquisto o i diritti acquisiti, nessuno lo negherà mai; ma certo è che al concetto assurdo in sè, benchè ammesso quasi universalmente, di una *universitas*, ente ideale, oggetto unico e immediato dell'acquisto ereditario, che non sarebbe il complesso de' rapporti patrimoniali, bensì un che distinto e superiore, nè il diritto, nè la giurisprudenza romana pervennero mai. Non solamente la comune teorica non ha base nelle fonti, ma il senso concreto e semplice degli stessi testi, su cui fa le viste di fondarsi, è in contraddizione aperta con qualunque concezione di simil natura.

[Purnondimeno anche la resistenza di questa dottrina ha la sua giustificazione in una intuizione del vero, sia pur vaga e torbida: il *medium* per cui si acquista l'eredità, si giunge al patrimonio, non è certo l'*universitas:* eppure è vero che l'acquisto ereditario non è diretto, immediato, ma segue nel diritto romano in una forma complicata, irregolare, è vero che v'è un termine intermedio, che altera la forma dell'acquisto e produce la singolare struttura dell'eredità. Se la continuazione della personalità sembra dar ragione della *successio*, l'*universitas* come termine intermedio sembra dar ragione, più che della *successio*, degli altri principî che dominano l'acquisto ereditario. Pertanto anche questa teoria non è forse un inutile mónito, sia dal punto di vista storico, sia dal punto di vista dommatico; ma poichè questo diritto intermedio da cui dipende l'acquisto del patrimonio non è certamente il patrimonio in una figura diversa e incomprensibile, noi non possiamo che condannare questo indirizzo. Ciò che rende veramente la scienza del diritto arida e talvolta disgustosa è il predominio che hanno ancora le formule astratte e dialettiche sull'osservazione e sull'induzione, lo sforzo con cui si pretende talora di far intendere l'inintelligibile].

5. Se non che, tolta di mezzo anche questa infelice astrazione dell'unità patrimoniale, posto che il patrimonio o l'eredità in senso obbiettivo non è se non un complesso di diritti

e di oneri, che cosa rimane di reale? Quello che appunto, come s'è dimostrato, significano le espressioni romane *successio*, o *successio in locum*, *in ius* o *in omne ius* o *in universum ius defuncti:* la successione nella *posizione giuridica* del defunto sotto il rispetto economico, cioè in tutto il complesso de' suoi rapporti patrimoniali attivi e passivi.

Un solo romanista si è liberato pienamente non solo della « personalità del defunto », ma anche di codesta « unità patrimoniale » e ha ridotto l'eredità alla semplice nozione di un acquisto universale: il Brinz (1). Il Brinz è anche il solo che nell'ordinamento sistematico del diritto abbia nettamente concepito l'eredità come causa e modo di acquisto generale, distinguendola dalle categorie de' diritti acquisiti: reali, personali, familiari.

Col Brinz vien quasi a riscontrarsi il Wächter; anch'egli nelle sue *Pandette* definisce semplicemente l'eredità « il succedere ne' rapporti patrimoniali del defunto, continuando la signoria che aveva il defunto sul proprio patrimonio e come questi l'aveva » (2). Soltanto nella definizione della *hereditatis petitio* il Wächter serba le tracce della sua precedente e comune opinione: l'azione ereditaria è detta pur sempre « rivendicazione di un tutto, anzichè di un complesso di diritti »; il quale concetto, gli osserva giustamente il Brinz, non si sa che utile abbia.

Abbandonando via via tutte le vuote astrazioni che ingombravano la schietta nozione del rapporto, noi siamo giunti adunque a questa molto semplice espressione: che l'erede subentra in un complesso di diritti e di oneri, che costituivano la situazione economica del defunto. Il fenomeno è vero. Ma ci offre esso il concetto supremo dell'eredità, la chiave dell'enimma, o, meglio, de' molti enimmi? Esso non esprime se non un lato solo o una conseguenza di questo concetto: la *successio in locum*, *in ius*, della quale in fondo la formola

(1) *Pand.*, Erl. 1886, vol. III, § 357, pag. 1-4.
(2) *Pand.*, Leipzig 1880, vol. III, § 269, pag. 664.

moderna non è, come oramai sarà chiaro, che la mera traduzione. E sorvoliamo pure sul fatto che la *successio* stessa, riassunta in questa nozione, viene a essere pel diritto classico troppo rigidamente limitata al campo economico. Ma che n'è di tutti gli altri principî dell'eredità romana, che vigono tutti, sia pure con profonde brecce, nello stesso diritto giustinianeo? Di nuovo, sono essi principî di diritto singolare? Troppi invero, e troppo gravi, troppo predicati come naturali dai Romani stessi. E poi a quale scopo i Romani li avrebbero introdotti, se non è per il gusto di occuparsi a scalzarli e demolirli a poco a poco tutti, come hanno fatto? Ovvero derivano dall'essenza dell'eredità? E allora questa essenza vi è ignota, perchè nessuno di quei principî si può spiegare con la mera nozione della *successio in universum ius*, nemmeno il diritto di accrescimento ereditario, se non a patto di chiuder gli occhi sulla sua speciale natura e confonderlo con quello de' legati o con quello del diritto ereditario moderno. Ed è un curioso spettacolo il vedere come, ritrovandosi in seguito a faccia a faccia con ciascuno di questi principî, gli scrittori si sforzino di spiegarli ne' modi più diversi, senza andar d'accordo tra di loro, nè col concetto loro dell'eredità. Convien porsi innanzi tutto alla ricerca del misterioso capello d'Orrilo; altrimenti si rinnova la pugna a ogni istante e sempre col medesimo frutto.

6. Posta invece la nostra concezione storica dell'eredità, il concetto dommatico che ne risulta per diritto romano è altrettanto chiaro quanto comprensivo. L'acquisto in blocco, per dir così, del patrimonio, e l'assunzione degli obblighi del defunto era nel diritto primitivo conseguenza dell'acquisto di un potere sovrano sulla *familia*, e altresì una conseguenza *necessaria* dell'essere alcuno investito di questo potere sovrano. Nel diritto storico, distrutta l'organizzazione unitaria del gruppo agnatizio [o gentilizio], l'erede non acquista più alcun potere sovrano sulle persone o sul gruppo, il titolo di erede è di per sè un *nudum nomen*, la signoria sul

patrimonio non deriva più, come nelle origini e come ancora nel periodo storico quanto alle altre *successiones*, dall'assunzione di una potestà; ma resta tuttavia sempre la regola che soltanto chi riceve il titolo o il nome di erede consegue in blocco il patrimonio del defunto e ne assume gli obblighi. L'acquisto ereditario insomma è un di quegli acquisti che la legge suol ricongiungere all'acquisto precedente di uno stato o qualità giuridica personale.

Ciò posto, l'eredità romana si può definire nel modo seguente: « *L'acquisto di un titolo personale* (conferito dalla designazione del defunto, o, in difetto, da un determinato rapporto con esso), *il quale è condizione per l'acquisto complessivo de' diritti patrimoniali in genere e l'assunzione degli obblighi già congiunti alla persona defunta, salvo quei diritti e quegli obblighi che si estinguono colla morte della persona, o quelli di cui il defunto avesse espressamente disposto a favore di un terzo* ».

Dato questo concetto, che non è se non lo stesso concetto originario, esaurito nelle sue finalità estrapatrimoniali, torna facile richiamare sotto di esso tutti i principî della eredità romana. L'erede, in quanto assume questo titolo, acquista il patrimonio e subentra ne' debiti, che dai Romani non sono concepiti come elemento del patrimonio, subentra nella buona o mala fede, ne' *sacra*, ne' sepolcri, come subentra nella buona o mala fede, ne' *sacra*, ne' *iura sepulchri* il padre arrogatore: l'acquisto del titolo di erede e l'acquisto della potestà sull'arrogato sono entrambi un titolo per la *successio*.

Se c'è un *heres* designato dal defunto, allora quello che noi, per l'influenza di tradizioni germaniche e in opposizione col pensiero e le fonti romane, si suol chiamare anche in questo caso erede legittimo, non è punto erede; ond'egli non può acquistare il patrimonio del defunto, nemmeno se questi assegni all'erede istituito soltanto una quota del suo patrimonio o gli assegni perfino solo un oggetto determinato, senza disporre del resto. L'erede testamentario non

acquista in virtù della assegnazione patrimoniale, ma *in forza del suo titolo*, e quindi acquista tutto, mentre il cosiddetto erede *ab intestato* non può acquistare il residuo, *perchè il titolo di erede egli non l'ha*. Per la stessa ragione, se il defunto ha chiamato più eredi, assegnando a ciascuno la sua parte, e alcuno di essi viene a mancare prima dell'adizione, cioè prima di accettare quel titolo, oppure si rifiuta di accettarlo, il cosiddetto erede legittimo o intestato non può subentrare nella quota vacante, *perchè erede egli non è*. La quota vacante è acquisita *ipso iure*, anche senza loro saputa, agli altri eredi testamentari in virtù del loro titolo; e soltanto nella partizione tra costoro si segue la presumibile volontà del defunto (diritto di accrescimento ereditario).

Viceversa: i successori legittimi diventano effettivamente eredi e acquistano il patrimonio, se il testatore l'ha lasciato tutto a un terzo, ma senza conferirgli il nome d'erede, o se il testatore ha cancellato il nome d'erede, pur lasciando in piedi tutte le altre disposizioni.

Similmente, la nuova istituzione di erede distrugge l'antica e annulla il testamento, anche se le disposizioni patrimoniali sieno perfettamente compatibili. Per esempio, il defunto in un primo testamento ha istituito erede Caio per la metà del suo patrimonio, in un secondo testamento Sempronio per l'altra metà; se il fedecommesso non salva la prima disposizione, in base ai puri principî dell'eredità romana tutto il patrimonio è devoluto a Sempronio. E poichè il titolo di erede non si trasmette se il chiamato muore prima dell'adizione, chi succede al chiamato non acquista il patrimonio.

È chiaro, mi sembra, come tutto proceda dal titolo d'erede e si giunga sovente per necessità logica a conseguenze torte dal punto di vista patrimoniale, se istituti nuovi e procedenti dal nuovo spirito della successione non vi rimediano.

Di fronte all'eredità il legato non è che una pura e diretta causa di acquisto patrimoniale. Del resto si può

lasciare per legato non solo un determinato obbietto, ma altresì una quota del patrimonio, e, prima della legge *Falcidia*, tutto il patrimonio. Io lo noto per un curioso traviamento delle idee moderne in proposito.

7. Vediamo ora: si può applicare un simile concetto all'eredità moderna? Neanche per sogno. L'eredità è una pura e *diretta* causa d'acquisto patrimoniale, colla sola differenza dal legato che l'erede subentra anche ne' debiti eccedenti l'asse ereditario, ove creda. Laonde se al nostro erede il defunto non abbia assegnato che una parte del patrimonio, nel residuo necessariamente subentrano i chiamati dalla legge, poichè essere eredi non è un titolo e una condizione dell'acquisto patrimoniale, ma significa precisamente acquistare il patrimonio in quella misura che la legge o il defunto vi permettono. Se il defunto non abbia disposto che di determinati obbietti patrimoniali, i favoriti avranno quei soli oggetti come legatari, secondo la differenza puramente estrinseca stabilita dal nostro Codice tra la chiamata all'eredità e l'assegnazione di un legato. Se il defunto ha chiamato più eredi in parti determinate, di guisa che è manifesta la sua volontà di non voler assegnar loro se non quelle parti, subentrano pure i chiamati dalla legge nelle quote che si rendano caduche per la rinuncia o la morte di alcuno degli eredi testamentari, non già i loro coeredi testamentari.

Viceversa: i chiamati dalla legge non subentrano, se il defunto ha disposto di tutto il suo patrimonio a favore di un terzo, senza conferirgli il titolo d'erede; essere erede, lo ripetiamo, non significa se non acquistare il patrimonio del defunto nella universalità o in una quota, e questo istituito è erede, dal momento che il patrimonio in quella forma aritmetica gli è stato assegnato. Se il defunto ha istituito in un testamento erede Tizio per la metà del suo patrimonio, ed in un secondo testamento erede Caio per l'altra metà, entrambi i testamenti sono validi ed efficaci. È inconcepi-

bile in simili casi per noi il mutamento della volontà del defunto, essendo le due disposizioni patrimoniali compatibilissime.

Che cosa rimane ora dell'eredità romana? La successione universale o *successio in universum ius*, si dice. Ma si badi; codesta *successio in universum ius* non è più, come nella *adrogatio* o nella *in manum conventio* o nella *hereditas* o negli altri istituti, in cui veniva nel diritto romano ad attuarsi, un acquisto patrimoniale necessariamente congiunto all'acquisto di un potere personale o di un titolo e dipendente da esso. E quanto al suo contenuto, essa è ben povera cosa, nè mostra [almeno nel nostro diritto] quell'impronta caratteristica di una regola estrapatrimoniale che hanno gli altri principî romani. Per ingigantire il significato di codesta *successio in universum ius* convien circondarla di nebbia e assegnarle quale obbietto il fantasma dell'unità patrimoniale.

L'unica sua particolarità è ormai che si succede negli oneri anche quando oltrepassino gli utili dell'eredità, cioè ne' debiti *ultra vires* (1): conseguenza, come si vide a principio, irrazionale e iniqua, eliminata di fatto mercè l'ordinamento del beneficio d'inventario e abolita anche totalmente in alcuni Codici o elevato quasi a principio normale il beneficio d'inventario; estranea poi alle grandi legislazioni civili sciolte dalla tradizione romana (2). A ogni modo, se per

(1) [Se si succeda nella buona o mala fede è questione che mi riservo di discutere in connessione colla teoria dell'usucapione. A ogni modo tale successione sarebbe una conseguenza non del concetto, ma di statuizioni positive (Cod. civ. it., art. 693), se pure esse hanno questo senso].

(2) L'iniquità di simili conseguenze è forse cresciuta nella società moderna. Nel diritto romano, oltrechè v'era maggior coscienza della qualità di erede e delle sue conseguenze, l'onere de' debiti era attribuito in fondo riflessivamente dal defunto, dichiarando erede Tizio invece di elargirgli un legato. Nel diritto moderno invece si fa dipendere la qualità di erede e l'onere de' debiti da un determinato modo di assegnazione patrimoniale, cui forse il defunto non ha posto mente affatto. Ciò genera inconvenienti, cui la legge romana sfuggiva. Facciamo, per es., l'ipotesi che il testatore abbia esaurito tutto il suo patrimonio in disposizioni di cose singole. Per il Codice costoro sono

queste belle massime, così ben salde, si vuol dire che sopravvive il concetto romano della *successio in universum ius*, dicasi pure (1). Se però si vuol dire che sopravvive il concetto dell'eredità romana, non solo si dimenticano tutti gli altri principî egualmente fondamentali, ma si sconosce altresì che per i Romani tale successione patrimoniale era conseguenza dell'eredità o del titolo di erede, non ragione del titolo e fondamento dell'eredità (2).

---

legatari, anche se il testatore li chiama espressamente eredi, cioè anche se il testatore ha in certo modo manifestato la volontà di addossar loro il pagamento dei debiti (*Contra:* Ascoli, *Il legato dell'universalità dei beni mobili*, in *Foro It.*, 1889, I, 635-641; ma la contraddizione dell'Ascoli e della giurisprudenza non si fonda se non su di un retto sentimento che la legge è iniqua e poco pratica). L'erede naturale, il quale non riceve nulla (poniamo che non vi siano legittimari), sarà dunque tenuto pei debiti. Naturalmente coll'unica prospettiva di pagare i debiti egli non accetterà di essere erede, e così nel caso fatto all'iniquità c'è rimedio, appunto perchè s'è fatto un caso estremo, cui soccorre l'estremo rimedio della rinunzia. Ma poichè gli istituiti, come legatari, non sono tenuti per i debiti *ultra vires*, si vede per lo meno anche da questo che costruzione artificiosa è la distinzione tra erede e legatario, così com'è stata ordinata quasi per equivoco dal legislatore moderno.

Forse, mantenendo la responsabilità illimitata, giacchè la si vuol giustificare coll'interesse de' creditori, la costruzione più logica ed equa sarebbe stata di far dipendere l'onere de' debiti dalla volontà del defunto o altrimenti assegnarne il carico ai beneficati dal defunto in proporzione del beneficio, o per lo meno ai maggiormente beneficati. È certo da deplorare che il fallace ingombro della tradizione abbia impedito al legislatore di procedere nell'attuazione di questo carico de' debiti con quella chiara intuizione dello scopo con cui nell'antica Roma i pontefici pervennero di loro propria autorità a ricongiungere i *sacra cum pecunia* e attribuirne il carico via via a coloro *qui maiorem partem pecuniae capiant.*

(1) [Anche questa concessione non la farei ora se non per il diritto giustinianeo: v. in seguito *La successio in universum ius*, ecc.].

(2) È poi curioso, come già notai, che cotesta ragione del titolo di erede e cotesto fondamento dell'eredità sia nel diritto moderno l'assegnazione dell'universalità o di una quota che nel diritto romano poteva anche costituire un legato.

Si vegga in proposito (dai civilisti): Ulp., *Fragm.*, 24, 25, Gaii, *Inst.*, 2, 254; L. 26, § 2; L. 27; L. 104, § 7, D. *de leg.*, 30; L. 8 in f.; L. 9; L. 76, § 1, D. *de leg.*, 31; L. 23, § 5, D. *Ad. Sc. Treb.*, 36, 1; L. 164, § 1, D. *de v. s.*, 50, 16. Inoltre: Cic., *De leg.*, 2, 20: *pro Caec.*, 4, 12; 5, 16.

E mi par che si possa concludere. Eredità e legato sono istituzioni parallele nel diritto moderno, patrimoniali entrambe; la sola differenza che sussiste è una semplice modalità negli effetti patrimoniali. A ogni modo, poichè questa modalità, in principio almeno, sussiste, per ricomprenderla nel concetto dell'eredità si possono ben adoperare le espressioni « subentrar nello stato o nella posizione patrimoniale del defunto » o « passaggio dell'universalità de' rapporti patrimoniali del defunto in un nuovo subbietto » o « sostituzione della persona nel patrimonio del defunto », ecc., tutte formule eccellenti, purchè non si crei del patrimonio un'astrazione o un obbietto unico. L'errore è d'immaginarsi che esse ci rappresentino l'eredità romana, di cui non esprimono che un lato o un effetto (1).

8. Se un concetto come il romano, il quale per la sua natura induce delle conseguenze così ripugnanti alla patrimonialità, durò nondimeno per tutta la storia di quel diritto, ciò deriva, come io ebbi a rilevare e mostrare, dai molteplici rimedî eccezionali e dagli istituti indipendenti che sino *ab antiquo* si erano andati organizzando per ovviare indirettamente alle conseguenze più aspre. La crisi dell'eredità nella sua struttura organica fondamentale si annuncia con Giustiniano e il rivolgimento si compie nell'epoca medioevale (2). Se la tradizione dell'antico popolo

---

(1) [Questo stesso lato esse lo esprimono in modo incompleto o per lo meno ambiguo, vale a dire in quella parte in cui è trapassato certamente nel diritto moderno, l'acquisto in blocco dei *bona*, l'*adquisitio per universitatem*, non per quel che concerne l'*identità* del rapporto, la *successio* nel senso romano, *in ius:* in breve, subentrare nella posizione giuridica ha oggi un senso più *quantitativo* che *qualitativo*].

(2) Appena un qualche accenno se ne ha qua e là durante l'êra classica nel tentativo di salvare ora le libertà, ora i legati, nonostante il venir meno degli eredi, con che avrebbe dovuto cadere tutto il testamento. Ricordiamo l'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa* (in parecchi punti, a nostro avviso, interpolata: cfr. L. 4, § 17, D., 40, 5, che una spregiudicata considerazione deve far ritenere in contraddizione

e della sua giurisprudenza conservatrice e progressiva a un tempo, se la stessa legislazione, pur così innovatrice, di Giustiniano mantengono i principî cardinali dell'eredità romana, accontentandosi di scalzarli con eccezioni via via più numerose, vaste e vivaci (il linguaggio pieno di calore e di enfasi con cui Giustiniano ordina e impone il beneficio dell'inventario è caratteristico), il mondo non romano ben tosto non ne vuol più sapere: e dal sesto secolo in poi l'Oriente e l'Occidente, pur così separati ne' destini, le fonti del diritto bizantino e gli statuti procedono, con mirabile concordia, nel bandire dalla successione la necessità della istituzione d'erede, l'incompatibilità di più testamenti di epoche diverse, l'incapacità di testare del figlio di famiglia, la regola *nemo pro parte*, ecc.; e questo movimento, che non è certo il portato di un comune consiglio, ma della forza stessa delle cose, che trascina a demolire nella sua struttura essenziale l'antico istituto e a creare un regime coerente con la nuova funzione, sarebbe una riprova, se occorresse, della genesi dell'eredità romana da una funzione diversa aderente alla sua struttura classica. Quanto però sia tuttavia straniero ai cultori del diritto lo studio naturalistico de' fenomeni giuridici e la costruzione consapevole degli istituti positivi nelle lor basi organiche, lo dimostra per me il fatto impressionante che il venir meno de' principî fondamentali dell'antico istituto è appena avvertito qua e là dagli storici del diritto medioevale e del diritto bizantino, come se si trattasse dell'abolizione di regole sporadiche, insignificanti, formali, e non di tutti quanti gli elementi che dànno all'*hereditas*, al testamento romano la loro fisonomia particolare (1).

---

con la L. 50, pr. D., 40, 4, corrispondente a un testo genuino di Papiniano, *Fragm. par.*, 13; forse interpol. è la stessa chiusa del rescritto inserito nel testo delle Istituzioni, § 1, J, 3, 11: *et ita bona cogenda*, ecc., che altera il senso di quello che precede) e l'interessantissima L. 3, D. *de his quae in test. del.*, 28, 4, di Marcello.

(1) [Cfr. per tutti ZACHARIAE, *Gesch. des griech. röm. Rechts*, 3ª ediz., Berlino, 1892, § 34, pag. 149; § 40, pag. 161, ecc.].

9. Come in altri miei scritti, io giungo pure in questo a un risultato che può sembrar negativo e mesto per la scienza del diritto romano. Non è, peraltro, così: nè i miei risultati son la condanna di tutti i principî del diritto di successione romano, nè il frutto che si ricava dallo studio del diritto romano è meno utile alla scienza e alla pratica in quelle parti che l'evoluzione moderna ha respinto. Non è il mio risultato una piena condanna, perchè, anzi, nell'ultimo stadio del diritto romano e nella compilazione giustinianea le materie di gran lunga più abbondanti e pratiche nel campo della successione sono costituite dai principî non disadatti alla mutata funzione dell'eredità, da quegli altri che rappresentano deroghe e adattamenti del vecchio concetto, e finalmente dai nuovi istituti sôrti nel nuovo ambiente. Ma, dato pure che il risultato sia negativo, non è, come dico, infruttuoso e mesto. Sotto il punto di vista pratico, esso consiglia la maggior cautela nel giovarsi delle leggi romane per interpretare e integrare le nostre; alle leggi romane solo allora si può far ricorso con piena sicurezza, quando un esame preliminare abbia stabilito che non trattasi di principî inerenti al concetto supremo dell'eredità romana. Per la scienza io credo poi del più alto interesse tutto ciò che conduce a determinare e colorire il concetto naturalistico del diritto, apparecchiando così lo strumento più adeguato per intenderne l'evoluzione, divinare l'origine, mostrar nell'avvenire la meta degli istituti vigenti. La storia del diritto sarà più sicura e più fertile di ammaestramenti, quando avremo appreso a ricavarla dalle viscere stesse, per dir così, di un diritto positivo, non dalle notizie monche e fallaci de' suoi momenti decorsi: la scienza della legislazione avrà basi più solide quando, lasciate le astratte elucubrazioni circa i sistemi ideali di diritto o conformi alle esigenze de' tempi, si applicherà a determinare le relazioni concrete tra la struttura e la funzione degli istituti giuridici, così nello stato come nel movimento loro, a ricercare i mezzi per rendere via via il diritto *esistente* adatto agli

scopi che la vita mutevole gli pone. Ma gli elementi atti a fondare una simile concezione del diritto gli è solo dalla romana e da nessun'altra legislazione, passata o presente, che è lecito sperarli.

L'interesse scientifico dello studio del diritto romano non scema pertanto, ma s'accresce per quelle parti che l'evoluzione ha soppresso. E come la nostra scienza ha tutti i vantaggi dello studio della natura, così n'ha pure la inesauribile varietà di aspetti, l'attrattiva singolarissima e la freschezza immortale.

VII.

Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova (1).

Sommario: 1. La posizione del concetto nella scienza italiana. — 2. Il presupposto e il metodo della mia indagine. — 3. Critica generale: il concetto è un'astrazione non conforme al carattere de' Romani. — 4. La pretesa patrimonialità e il valore intrinseco della *successio in universum ius*. — 5. La successione nella buona o mala fede. — 6. Il parallelo delle successioni *inter vivos*. — 7. Perchè non si è tenuti pei debiti nelle successioni *inter vivos*. — 8. La possibile esclusione dell'erede dal patrimonio. — 9. Il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. — 10. La preminenza del testamento e la designazione del successore per opera del predecessore: diritto comparato e diritto romano. — 11. L'assenza di primogenitura. — 12. Il diritto di accrescimento. — 13. La coeredità. — 14. La diseredazione. — 15. La successione delle donne. — 16. Il *testamentum calatis comitiis*. La *cretio*. — 17. Il gruppo primitivo che l'*heres* è chiamato a governare (la *gens*, non il gruppo agnatizio). — 18. I residui sovrani dell'antica funzione nell'epoca storica. — 19. Le obbiezioni desunte dalla patrimonialità del sistema ereditario nell'epoca storica. — 20. Il perdurare di antichi organi sovrani in funzioni diverse. — 21. Obbiezioni dell'autore. L'istituzione dello schiavo altrui, le obbligazioni *ex delicto*, la *lex agraria* dell'anno 111 a. C. lin. 23.

1. Il concetto dell'origine dell'eredità romana dalla successione nella sovranità è in generale penetrato nella scuola romanistica italiana. Pochi sono gli avversari, e quei pochi, salvo uno o due, non assoluti; anzi, a ben guardare, l'idea

(1) Questa critica è raccolta da varî scritti, principalmente i seguenti: *L'« hereditas » e il suo rapporto coi legati*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII, 1894, pag. 159 e segg.; *L'origine dell'« hereditas » dalla successione sovrana e le critiche al concetto*, in *Filangieri*, vol. XXXIX, pag. 241 e segg., 1905; *Diritto romano*, Firenze 1900, pag. 433 e segg.; con adattamenti e ampliamenti.

che in forma vaga alcuno di essi esprime, si riduce al mio concetto.

Tuttavia le obbiezioni avanzate sono numerosissime.

Se però la teorica avesse bisogno di una riprova ulteriore per esser verificata, quanto può esserlo una ipotesi storica, questa riprova può ben esser desunta, come vedremo, dalle stesse obbiezioni.

Tutte le obbiezioni, non una eccettuata, si fondano sopra una concezione inadeguata e talvolta erronea dell'organismo del diritto romano; e spesso dal tenore singolare di esse vien fuori spontanea la constatazione di un fenomeno psicologico: che la ripulsione istintiva contro un'idea nuova di un'efficienza alquanto vasta, anzi, a primo aspetto, rivoluzionaria, si appaga di vacuità e anche di sofismi per giustificare il rifiuto di accedervi.

Un evento fatale per la scienza e dannoso anche per la mia teorica fu la scomparsa del nostro indimenticabile Contardo Ferrini. Egli, pur accettando e con ripetuta insistenza (1) il concetto, emise alcune obbiezioni che dichiarava gravi: ma, dal modo ben più che cortese col quale in via privata egli apprezzò la confutazione che gliene feci, dovrei giudicare (per quanta larga parte nel suo apprezzamento potesse avere la gentilezza, specialmente in un'anima come quella del Ferrini), che egli le avrebbe abbandonate in una seconda edizione del suo *Manuale di Pandette*. È accaduto invece che le obbiezioni del Ferrini per la sola autorità dell'uomo sono state *richiamate puramente e semplicemente* per concludere contro la mia teoria (2), e dopo essere state da me ribattute ripetutamente e in modo che era parso decisivo al Ferrini (3),

---

(1) *Pandette*, n. 605, pag. 735, nota 1 e 2; n. 610, pag. 744, nota 1.

(2) Vedi recensione del Testaud ai *Concetti fondamentali del diritto ereditario* del Fadda, in *Nouv. Rev. Hist.*, vol. XXIII, pag. 512.

(3) Potrei dire anche ch'egli effettivamente le abbandonò nell'ultimo periodo della sua vita e della sua attività scientifica. Nella traduzione italiana del Leist, *Bon. possessio* (*Cont.* Glück, l. XXXVII-

esse, di gravi che erano, divengono in un giovane scrittore gravissime (1).

Nel riassumere la confutazione delle numerose obbiezioni io desidero che esca fuori da questa ricapitolazione una riprova efficace del mio concetto, sia mettendo in luce nuovi aspetti, sia illuminando maggiormente quelli che, a quanto sembra, sono rimasti nell'ombra: ho voluto altresì, pur serbando nell'analisi di qualche elemento lo stile vivace degli studî originari, distruggere in questo riassunto ogni impronta polemica. Per l'uno e per l'altro scopo il lettore comprenderà come non sia opportuno disporre queste obbiezioni secondo gli autori da cui provengono. Ricordando pur sempre la fonte (alcune di esse sono state ribadite da più parti), io le colloco nell'ordine che è consigliato dallo svolgimento organico e dalla dimostrazione più opportuna del concetto.

2. Il presupposto della mia dimostrazione è il carattere organico degli istituti di diritto. Questo carattere, così ne' fenomeni della natura come in quelli dello spirito, implica la possibilità che la funzione e l'efficacia degli elementi varî di un sistema (il significato di una parola, l'impiego di una forma artistica, le finalità di un organo della vita economica, ecc.) si alteri, pur rimanendo inalterata la struttura fondamentale, la quale, per esser meno adatta e talora assolutamente disadatta alla funzione modificata o al nuovo ambiente in cui penetra, assume un carattere innaturale, artificioso, come si suol dire, mentre le modificazioni che essa viene a subire per la reazione de' nuovi fini o del nuovo ambiente la complicano e la deformano. Accade inoltre assai spesso, nel diritto per lo meno, che certi elementi fondamentali, pur divenuti una mera astrazione, si rendano tanto

---

XXXVIII, trad. it., Soc. ed. libr., 1903), esplicitamente e ripetutamente (op. cit., I, cn. *g*, pag. 123-124; cn. *h*, pag. 125; cn. *i*, pag. 126; cn. *m*, pag. 128; cn. *c*, pag. 175; cn. *g*, pag. 183; App. pag. 360) egli si dichiara « persuaso » della mia tesi e vi si fonda.

(1) Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, Messina 1914, pag. 61.

più venerabili quanto meno sono compresi, come i vieti elementi architettonici divengono tanto più decorativi ed estetici quanto meno sono essenziali. Quando però il complesso delle regole dell'istituto, che ne costituivano la struttura fondamentale, è scomparso, allora l'antico istituto si può dire morto: il nuovo conserva spesso il nome dell'antico, e si potrà dire generato da esso, ma non è certamente l'antico.

Per quanto la constatazione di questo fenomeno negli istituti che hanno percorso una lunga vita sia agevole a ogni studioso del diritto nell'àmbito della storia documentata, e per quanto la ricerca delle sopravvivenze sia praticata come strumento d'indagine, tuttavia il metodo naturalistico non è stato sviluppato ne' suoi canoni, non ha acquistato il posto che gli compete accanto al metodo critico: e il pensiero della scuola storica, che pareva dover condurre a stabilire pel diritto e per i fenomeni sociali in generale leggi organiche di sviluppo di un significato scientifico non inferiore alle leggi scoperte nelle scienze della natura o nelle stesse scienze dello spirito, come la glottologia, quel pensiero, dico, dopo aver sfolgorato nell'esprimere nettamente in relazione al diritto il concetto dell'evoluzione prima che in ogni altro campo, ha subìto un arresto sorprendente. Non è il caso qui di indagare le ragioni di questo arresto, o di colmare questa lacuna, sviluppando i canoni del metodo che io applico: nè si imputerà a vizio della mia dimostrazione che io non faccia preventivamente la teoria del mio metodo. La teoria di ogni metodo è stata fatta dopo le sue applicazioni. Questo solo io voglio far osservare, ed è che la novità di un siffatto processo dimostrativo, almeno applicato in una forma così copiosa e con riguardo alla struttura fondamentale (poichè, come ho detto, in via subordinata e limitata alle sopravvivenze, gli storici del diritto non mancano di riconoscere un qualche valore al metodo), ha prodotto un fenomeno che per lungo tempo mi ha sorpreso e deluso: che la mia tesi è stata combattuta *senza prendere punto in considerazione la mia dimostrazione.*

Consapevole del valore affatto relativo di una qualunque ipotesi, che, quando non è fallace, rappresenta pur sempre una stazione scientifica di passaggio; conscio altresì, quel che più rileva, del valore approssimativo di quelle formule, in cui è giocoforza riassumere un'idea maturata, e di quel che vi ha di convenzionale nel costringere una realtà presente o passata in schemi astratti e geometrici, non avrei avuto difficoltà a modificare, emendare, integrare il mio concetto. Ma la fisonomia peculiare dell'*hereditas* romana contemplata ne' suoi principî fondamentali, sia di fronte agli istituti *mortis causa* vigenti presso altri popoli, sia di fronte agli istituti patrimoniali *inter vivos* o *mortis causa* dello stesso popolo romano, l'insufficienza del concetto economico per l'interpretazione organica dell'istituto, l'armonia logica, anzi la reale corrispondenza de' principî dell'eredità coi principî degli istituti destinati alla trasmissione di poteri sovrani, mi parevano *dati di fatto* irrefutabili; qualunque valore si volesse attribuire all'induzione che analogo dovesse esser nelle origini l'ufficio dell'eredità, la quale in tal guisa si rendeva pure in armonia con l'ordinamento potestativo della famiglia primitiva, con la necessità di mantenerne unita la compagine e con le parallele successioni *inter vivos*. Pure, come i glottologi (se così si può chiamarli) dell'epoca varroniana erano fissi nel desumer l'etimologia della parola esclusivamente dal suo significato attuale, nel seguire la struttura solo in quanto essa poteva richiamarsi al significato attuale, nel trovare che tutto era in armonia col significato attuale, persino il suono dolce di *mel* e il suono aspro di *crux*, non curando, con una placidità che a noi par cecità spirituale, le vestigia più evidenti di struttura che rivelavano un'origine e quindi un significato primitivo diverso, così non vi ha alcuno de' miei critici, anche di quelli che non hanno celato una certa simpatia per l'idea, il quale abbia abbandonato nella critica il punto di vista patrimoniale, abbia ammesso un momento la possibilità di un mutamento di funzioni: anzi si è considerato dai più come

argomento decisivo di confutazione dell'eredità sovrana primitiva la funzione patrimoniale dell'eredità storica e l'assenza (il che è persino eccessivo affermare) di elementi sovrani nelle finalità dell'eredità classica (1).

3. Sino dal primo periodo una critica generale, che non è se non quel preconcetto in forma di obbiezione, venne avanzata contro la mia teorica dal professor Buonamici (2). La tesi dell'origine dell'eredità dalla trasmissione sovrana veniva giudicata dal Buonamici una mera astrazione, sulla quale i Romani, seguaci piuttosto delle pratiche utilità nella formazione de' loro istituti, non avrebbero mai creato l'istituto dell'eredità.

Forse l'illustre autore si sarà in seguito persuaso che i principî dell'eredità romana non risultano, secondo i miei concetti, modellati su d'una astratta idea, ma conformi a una funzione concreta, alla quale quei principî sono necessari in qualunque stadio di civiltà. Essi incominciano per vero a diventare una mera astrazione col nuovo carattere

---

(1) Nulla poi mostra così evidentemente quanto sia straniera allo spirito de' nostri studiosi la concezione naturalistica del diritto e il metodo organico per lo studio storico delle istituzioni, malgrado l'esperienza che ogni giurista ha dello svolgimento degli istituti e delle sopravvivenze giuridiche, quanto il veder adoperato in un senso arbitrario il termine *struttura* per designare non già i principî, ma le finalità dell'istituto. Questo mi pare evidente nell'Arangio Ruiz (*Le genti e la città*, pag. 61), il quale, dopo aver premesso che il sistema da me supposto « non avrebbe potuto non lasciare, nella struttura degli istituti, una traccia profonda », asserisce che « traccie non ve ne ha di nessun genere »: dobbiamo intendere nella struttura!

Analogamente lo stesso autore poco prima dichiara in ordine alla famiglia: « nemmeno so vedere quella identità di struttura che secondo il Bonfante esiste tra lo Stato e la famiglia » (*ibid.*, pag. 60). L'uso arbitrario della parola « struttura » si complica qui con un altro equivoco, su di che vedi il mio scritto: *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, n. 10 (v. sopra *Scritti giuridici*, I, pag. 46 e segg.).

(2) *Arch. giur.*, 1891, pag. 101-102. È una recensione allo scritto del Costa *Sull'« hereditas » e la « familia »* ispirato alla mia lettura: « *Sull'origine dell'hereditas e dei legata* » attraverso le lezioni del prof. Brini.

assunto dall'eredità, ma non è allora che i Romani li han creati, bensì da quel momento si sono occupati di restringerli o demolirli, o di eliminarne indirettamente l'efficacia mercè l'introduzione di pratiche e utili istituzioni, come il codicillo, i fedecommessi, il *beneficium abstinendi* e il *beneficium inventarii.* Nella sua struttura fondamentale la monarchia di Domiziano o Caracalla col suo vasto decentramento, col riconoscimento generale del principio elettivo nella capitale e in tutti i municipî e il battesimo elettorale ripetuto di tutti i funzionari dello Stato fino all'imperatore stesso, è ben più liberale e democratica che non la monarchia di Vittorio Emanuele III; ma non vi ha dubbio che la fondamentale organizzazione costituzionale e amministrativa appare in ciascuna delle due quasi un mero documento del passato, che è, rispettivamente, la libera repubblica per l'una, il dispotismo del secolo XVIII per l'altra, mentre nuovi principî, nuovi istituti, un nuovo spirito sociale aprono brecce nel sistema ovvero operano in modo che il funzionamento dell'una e dell'altra è precisamente opposto in senso inverso.

4. Volendo ora, come ci siamo proposti, disporre secondo l'ordine de' nostri concetti, le critiche speciali al fine di raggiungere con questa analisi una riprova della tesi, noi cominciamo dall'esporre e confutare quelle che prendono di mira, sempre però, come abbiamo detto, con la preoccupazione patrimoniale, gli elementi di struttura dell'eredità.

Uno solo de' principî fondamentali dell'eredità romana è stato con una certa larghezza considerato, ed è la cosiddetta *successio in universum ius.* La ragione, a dire il vero, è che, con un duplice abbaglio, questo elemento si considera come il principio che riassume tutta l'essenza della eredità e si reputa ancora vivo nell'eredità moderna.

Con calore e con dottrina la difesa del pregio intrinseco di questo principio è stata fatta ripetutamente da un

maestro insigne di diritto civile, il Filomusi (1). Il Filomusi riconosce espressamente in ogni suo scritto (come ognuno riconosce, ed è il punto nel quale io sono d'accordo pienamente con l'opinione dominante e coi miei critici) il carattere astratto, artificioso della *successio in universum ius;* ma trova fondata la vecchia congettura del Bekker e del Pernice che questo concetto tecnico, il quale non si può presumere in un popolo primitivo, non sia originario, ma sôrto in epoca storica per lo sviluppo dell'economia monetaria e capitalistica.

« Il fatto che le moderne legislazioni accettano il concetto dell'*hereditas* come *successio in universum ius* non si può spiegare semplicemente — egli osserva — con la sola tradizione storica, ma attesta l'esistenza di una interna ragione che lo mantiene, è documento insomma del suo valore patrimoniale ».

Ora si vede chiaro che l'illustre uomo è preoccupato dall'idea (la preoccupazione è, ripeto, generale) che il concetto romano dell'eredità, per esser abbastanza artificioso, non abbia potuto sorgere in un'età primitiva. D'accordo; ma io vado più in là e asserisco che quel concetto, appunto perchè artificioso e innaturale, non poteva sorgere nemmeno in un'età progredita. Se è nato, ciò deriva soltanto dal fatto che l'eredità nell'epoca primitiva aveva una diversa funzione, data la quale i principî romani sono perfettamente naturali. Il merito dell'idea da me svolta è di distruggere quell'artificio ed evitar di supporre un comprendonio astratto e metafisico così nelle genti primitive come ne' decemviri o negli antichi giureconsulti romani. Dato che l'eredità primitiva era un trapasso della sovranità, è naturalissimo, e osservabile anche oggi, così nella Nuova Ze-

(1) Nelle sue *Lezioni sul diritto di successione*, anno 1892-93, nel *Dig. ital.*, alla voce *Successione*, e in alcune note dell'*Enciclopedia giuridica* (v. 6ª ediz., Napoli 1910, §§ 100-102: importantissima specialmente è la nota 2, pag. 454). [V. ora la 3ª ediz. delle sue lezioni col titolo *Diritto ereditario*, Löscher, 1909, vol. I, pag. 10 e segg.; mantiene la sua posizione].

landa come in Italia, che non si possono avere due sovrani, designati l'uno dalla nascita, l'altro dalla elezione o dalla nomina del predecessore; è naturale che il successore risponda degli atti del suo predecessore e degli obblighi assunti da lui, è naturale che il conferimento del titolo sia tutto e l'acquisto del patrimonio non altro che una delle tante conseguenze, come l'assunzione dei *sacra* e delle altre funzioni; e così via via divengon naturali tutti i principî supremi dell'eredità romana, che tanto rovello hanno inflitto (1).

Che le moderne legislazioni accettino il concetto della *successio* romana non è esatto, perchè le caratteristiche conseguenze che dànno all'*universum ius* la sua fisonomia peculiare e varrebbero a distinguerlo dal senso usuale del patrimonio, dai *bona*, sono o abolite, o eliminate mediante istituti eccezionali. D'altra parte la *successio in universum ius*, la cui unica conseguenza sopravvivente (2) si riduce alla successione ne' debiti anche *ultra vires*, è bensì un principio dell'eredità romana, ma non ci rappresenta tutto il concetto dell'antico istituto. La costruzione di esso deve riassumere tutti i principî fondamentali. Capisco: non vi

---

(1) E cade anche l'appunto ch'io non tenga il debito conto del diritto comparato. A dire il vero, è difficile trovarne un altro ch' io meriti meno. È degno di nota, ma perfettamente naturale, che autori così poco teneri del diritto comparato, come ad es. il Pernice, sien proclivi a valersene così alla ventura, senza alcun criterio storico e razionale. Io m'occupai piuttosto lungamente in altro mio scritto delle condizioni, cui deve rispondere la comparazione per esser vera induzione storica (*Res mancipi*, vol. II, pag. 264-266). Ora avvicinare istituti così profondamente diversi nella struttura, come sono da un lato il testamento romano e la sua istituzione d'erede, dall'altro le donazioni a causa di morte de' beni acquisiti, che simulano un testamento e si confondono poi con esso in quel caos istorico del Medio Evo, non mostra l'uso di un retto criterio di comparazione [Così nel 1894. V. ora in seguito i varî scritti sul testamento nel diritto comparato e in particolare nel diritto greco].

(2) Ho de' gravi dubbî nel diritto moderno circa il perdurar della buona o mala fede nell'erede e mi pare che la sanzione dell'art. 693 Cod. civ. ital. abbia altra mira (Cfr. art. 925 Cod. civ. ital.). A ogni modo la questione è di diritto positivo.

dà imbarazzo il bisogno e il valore essenziale dell'istituzione di erede; vieto formalismo! E nemmeno vi dà imbarazzo la revoca assoluta di un testamento anteriore per effetto d'un testamento posteriore, senza riguardo alle disposizioni patrimoniali compatibili; interpretazione rigorosa! Ma volete seguire con tutti i principî supremi dell'eredità romana un metodo così antiscientifico? A ogni modo ve n'ha di quelli, e sono poi la maggior parte, che vi sfuggono. Respingete pure l'idea da me svolta che li spiega e li riassume tutti; dichiarate pure quei principî inesplicabili, sorprendetevi davanti all'enigma del *nemo pro parte testatus*, ecc., che non è niente più enigmatico degli altri. Rinunciando a conoscerne le ragioni, non li cancellate per questo dalla successione romana. Ora li concepite voi come principî tutti di diritto singolare? Spero di no. Essi derivano adunque dal concetto dell'eredità romana; e poichè al diritto e alla coscienza moderna sono tutti estranei, repugnanti, poichè sono tutti inconcepibili per noi, è forza inferirne che le moderne legislazioni non accettano il concetto dell'eredità romana.

Ma chiudiamo gli occhi su queste altre regole; sarà di esse quel che sarà. Concediamo quel che per noi è l'assurdo: che la successione *in universum ius* ci rappresenti tutta l'essenza dell'eredità romana. I seguaci del Pernice, tra i quali va annoverato il Filomusi, riguardando la successione *in universum ius* un portato di interessi capitalistici e commerciali, così ragionano: « Quando si sostituì nel campo delle obbligazioni alla garentia personale la garentia reale, alla *manus iniectio* l'esecuzione sui beni, allora deve essersi formato il concetto giuridico del patrimonio. Questo avrebbe raggiunto il più alto grado di sviluppo, venendo considerato come perdurante nella sua integrità dopo la morte, per la soddisfazione de' diritti de' creditori. Il concetto del patrimonio così sviluppato sarebbe divenuto, conforme alle idee del Pernice e del Bekker, il presupposto del concetto della *hereditas*. L'esigenza del credito, che avrebbe costi-

tuito il più forte impulso per la formazione del concetto tecnico dell'*hereditas* sarebbe ora anche la più forte ragione che lo conserva nel diritto moderno. Invero l'istituto dell'*hereditas*, portando la possibilità che non solo l'autore, ma tutti gli eredi sieno obbligati degli impegni di lui, rafforza il credito, specialmente personale. Ed è questa (si dice) la ragione intima che mantiene questo concetto del patrimonio e dell'eredità, a spiegare il quale non varrebbe certamente la sola tradizione storica ». Lasciamo per ora questo concetto artificioso del patrimonio, che i Romani non ebbero mai: la confutazione di esso noi l'abbiamo ripetutamente fatta (1). Noto piuttosto che il preteso sviluppo dell'eredità, ben più che all'epoca in cui la garentia delle obbligazioni (e, potremmo aggiungere, la obbligazione stessa) ebbe assunto, per via della esecuzione sui beni, un carattere patrimoniale anzichè personale, si dovrebbe riportare per lo meno alle XII Tavole. La successione universale nelle obbligazioni, le XII Tavole pure la conoscevano; e invece col Pernice si verrebbe ad ammettere la formazione del concetto dell'eredità in un'epoca in cui si era già cominciato a scalzarlo. Siamo larghi, peraltro, anche su questo punto: concediamo lo sviluppo. Ma credete sul serio che interessi capitalistici e commerciali potessero indurlo? Se tutto lo svolgimento posteriore del diritto romano consiste in una continua reazione così al principio della illimitata responsabilità dell'erede, come agli altri principî fondamentali dell'eredità romana! Se il benefizio d'inventario ha quasi eliminato di fatto la successione *ultra vires* nel diritto giustinianeo! Credete sul serio che il diritto moderno la conservi? Se nessuno de' Codici moderni sancisce la successione *ultra vires* senza un ansioso studio di cautele, perchè essa non debba mai produrre alcun effetto, se non a condizione che l'erede lo voglia! Se un Codice

(1) [V. ora specialmente *La successio in universum ius e l'universitas*, n. 5].

come il sassone, così ammirato, non ha saputo far meglio che abolirla! (1). Se lo stesso Codice prussiano, così tenero e così imbevuto dei principî romani, facendo omaggio alla regola romana e riconoscendo come diritto singolare il beneficio d'inventario, sancisce che l'erede non è obbligato per i debiti *ultra vires* « *senza una chiara e precisa dichiarazione di voler essere obbligato!* » (2). Diciamo la verità: par di sentire i popoli e i Rettori della Lega lombarda: « Giuramo a Dio di voler governare a modo nostro la nostra città; giuriamo a Dio di cacciare oltre i monti d'Italia l'Imperatore e gli eserciti suoi, grandi e piccoli; giuriamo

---

(1) *Cod. Sassone*, § 2328: « Der Erbe haftet für die Erbschaftsschulden, soweit die Erbschaft, einschliesslich der davon gezogenen Früchte und Zinsen und Dessen, was der Erbe der Erbschaft selbst schuldet, reicht ».

E naturalmente è anche limitata all'ammontar dell'attivo ereditario la responsabilità per il pagamento de' legati: cfr. § 2389 [Così nel 1894. Ora anche il Codice civile germanico ha abolito il principio romano della *successio in ius*. I debiti gravano sul patrimonio del defunto e quindi il creditore deve esser soddisfatto su di esso e nella misura di esso: la responsabilità illimitata dell'erede non ha luogo se non a titolo di pena, come avviene quando egli, invitato dal Tribunale, dietro richiesta di un creditore, a compilare un inventario de' beni ereditari, si rifiuta di farlo. Il sistema di questo Codice che, eliminando la responsabilità illimitata dell'erede (quando il Codice parla dell'erede tenuto per i debiti intende, se nulla è soggiunto, la responsabilità inerente al patrimonio del defunto, *intra vires*, non personale *e ultra vires*), attua in conseguenza la separazione de' patrimoni e la procedura di concorso nella liquidazione del passivo, dimostra come il mio apprezzamento negativo del valore della *successio in universum ius* dal punto di vista patrimoniale, nonostante il punto di partenza storico e in parte archeologico, corrispondesse in ultima analisi ai bisogni del commercio e della vita odierna].

(2) *Cod. Prussiano*, p. I, tit. IX, § 414: « Die Erklärung eine Erbschaft ohne Vorbehalt annehmen zu wollen, *muss eine deutliche und bestimmte Entsagung dieser Rechtswohlthat enthalten* ».

Ma v'ha un Codice delle Repubbliche Americane (il Messicano) ch'è la più sorprendente dimostrazione del valore formale di cotesto omaggio ai principî romani. Questo Codice, dopo aver pronunciato all'art. 3367 che l'erede « rappresenta la persona del defunto », ha tre articoli del tenore seguente:

Art. 3503: « L'erede non risponde de' debiti, de' legati nè degli altri oneri ereditari o testamentari se non sino all'ammontare del patri-

a Dio di non dargli nè mercato, nè pace, nè tregua, se non ci lascia viver liberi entro le mura delle nostre città; di distruggere suoi beni e sue castella; *salva reverentia imperio debita!* ».

Ma v'ha de' paesi che a questa reverenza formale ai principî romani non erano tenuti, e che, giunti al più alto grado di civiltà, non si sono sognati di costruire un concetto così artificioso dell'eredità e sancire la responsabilità *ultra vires* e la successione nella buona o mala fede del defunto. E guardate! Queste nazioni sono precisamente le più monetarie e capitalistiche e commerciali del mondo, l'Inghilterra e l'America (1). Che inimicizia giurata e per-

---

monio ereditario (*sino hasta donde alcance la quantia de los bienes que hereda*) ».

Art. 3967: « In nessun caso l'accettazione produce confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede » (!).

Art. 3568: « Qualunque eredità s'intende accettata con beneficio d'inventario, benchè non si dichiari (*aunque no se exprese*) » (!).

Vera crudeltà legislativa; perchè questo si chiama infierire contro un ch'è morto al primo colpo di mazza e dopo l'ultimo sognare ancora che sia vivo. Il legislatore messicano, del resto molto pratico e commendevole, s'è immaginato, a quel che sembra, che erede voglia dire esecutore testamentario e la cosiddetta rappresentanza del defunto a questo miri, non ad altro.

(1) Il Lehr, dal suo punto di vista francese, è indotto ad avvertire espressamente questa netta e logica posizione dell'erede nel diritto inglese: « L'erede non è tenuto pei debiti che sino a concorrenza del valore dell'*asset*, tutt'al più, e non ha alcuna precauzione a prendere per limitare a questo valore la sua responsabilità; *la sua personalità non si confonde punto con quella del defunto* » (*Droit anglais*, Paris 1885, pag. 700-701).

Ma negli scrittori inglesi di diritto la cosa è chiara, senza che essi abbiano a insistere sul principio; e hanno ragione, perchè la logica è dalla parte loro. Il patrimonio del defunto è la garentia dei creditori; e sul patrimonio del defunto essi debbono venir soddisfatti.

La legge inglese piuttosto s'è preoccupata di stabilire una graduatoria tra i debiti; si debbono anzitutto pagare le spese funerarie, le spese relative alla prova del testamento e simili; appresso, i crediti della Corona risultanti da sentenze o atti registrati o da contratti speciali; in terzo luogo i debiti privilegiati in base a statuti particolari; in quarto luogo i debiti registrati; in quinto luogo le obbligazioni risultanti da contratto speciale ovvero munite del sigillo della parte; in sesto e ultimo luogo le obbligazioni non munite del sigillo della parte

sistente per il capitale e il credito dai tempi delle guerre puniche ai nostri giorni! Che tenerezza per il commercio presso quel popolo di agricoltori e di soldati, che antipatia per esso in queste nazioni di industriali, di mercanti e di banchieri!

---

ovvero semplicemente verbali (V. BLAKSTONE, *Commentaires sur les lois anglaises* avec des notes de Christian, trad. Chompré, Paris, 1823, vol. III, lib. II, cap. XXXII, specialmente pag. 572-579). Alcuni scrittori reputano che si debba stabilire una graduatoria anche tra le obbligazioni dell'ultima categoria (*Ibid.*, pag. 574).

In un sol caso si è responsabili coi proprî beni, e ciò avviene appunto quando nel pagamento de' debiti del defunto non si osservi l'ordine prescritto, cioè si soddisfino prima le obbligazioni d'un ordine inferiore (*Ibid.*, pag. 572). L'eredità che basti a pagare i debiti dicesi *asset* (dal franc. *assez*). Si può confrontare anche STEPHEN, *New Commentaries of the Laws of England*, London 1890, vol. I, pag. 413 e seguenti; vol. II, pag. 212; pag. 216 e seguenti (per la graduatoria da seguire nel pagamento de' debiti e il principio della preoccupazione ne' debiti di grado eguale); WESTOBY, *Resumé de législation anglaise*, Bruxelles 1854, pag. 69-71.

Per le legislazioni civili degli Stati Uniti d'America (naturalmente quelle a tipo inglese) vedi, a es., il WARTH, *The Code of the West Virginia*, Whealing and Charleston, c. LXXXV, n. 11-26, pag. 666-667; c. LXXXVI, n. 1-7, pag. 668-669. L'ordine che ne' pagamenti dee seguire l'erede, dato che l'*asset* non sia sufficiente a soddisfar tutti, è molto somigliante a quello inglese, cioè spese funerarie, debiti verso gli Stati Uniti, tasse, ecc.; le *obbligazioni volontarie* costituiscon la quarta e ultima categoria (V. pag. 667, n. 25).

Interessantissimo è poi uno scrittore più vasto di diritto americano, il KENT, *Commentaries on American Law*, Boston 1867. Questi, esponendo il diritto vigente ora, per cui l'erede è tenuto pei debiti del defunto sino all'ammontare della sostanza del defunto, ci dà notizia del tempo, in cui non si rispondeva nemmeno in questa misura, ma solo sui beni personali, salvo eccezioni particolari; sicchè il principio attuale delle legislazioni anglo-americane è veramente un portato genuino dell'azione del credito e del commercio (V. KENT, op. cit., vol. IV, pag. 463 e segg.). Dell'antico stato di cose si conserva traccia nelle graduatorie diverse stabilite anche ne' beni per il pagamento de' debiti ereditari.

Ma degno veramente d'esser meditato è il modo col quale il KENT espone e giudica il diritto ereditario di Roma: « Il diritto romano offre rispetto alla successione *diversi principî curiosi* (some singular provisions), insinuatisi nelle legislazioni successorie de' paesi continentali d'Europa. Il termine « erede » nella legge civile si applica egualmente

Il vero è che soltanto gli Stati sono tenuti a soddisfare le obbligazioni contratte dalle generazioni anteriori, a pagarle, se abbiano carattere patrimoniale: soltanto gli Stati, se non pagano anche i debiti secolari, falliscono. E a ciò son tenuti, perchè lo Stato non muore mai o non vuol morire almeno; e appunto perchè la *familia* romana era un perenne organismo politico e l'erede in origine un successore nel potere sovrano, le obbligazioni passavano integralmente in lui e si perpetuavano, finchè non fossero soddisfatte. Ma i singoli individui hanno ciascuno il suo posto e il suo diritto nel mondo; n'ha ciascuno abbastanza

---

alla successione volontaria e alla naturale. PER UNA STRANA FINZIONE LEGALE (by a strange fiction in the law) *si riteneva che l'erede fosse una stessa persona col suo autore, eadem persona cum defuncto.* Il patrimonio, nonchè acquisito per successione, *si reputava che continuasse nell'erede, il quale succedeva nella persona e nel posto e nel patrimonio del suo autore e in tutti i suoi diritti e obblighi...* La sostituzione dell'erede al defunto era una specie di successione continua, SIMILE A QUELLA CHE DA NOI SI APPLICA ALLE CORPORAZIONI. Il creditore poteva rivolgersi contro l'erede, *non solamente sino all'ammontare del patrimonio attivo* (asset), *ma su tutti gli altri beni dell'erede.* Per rilevarsi dall'*oppressione dell'onere di una simile responsabilità per tutti quanti i debiti dell'autore,* avesse questi o non avesse un patrimonio attivo, l'erede non era tenuto ad assumere il posto di erede, ove non si fosse immischiato coll'eredità; e il Pretore gli concesse un anno per deliberare s'egli voleva accettare o rifiutare l'eredità... Giustiniano infine permise all'erede di salvaguardarsi e restringer la sua responsabilità ne' limiti del patrimonio attivo, che gli era devoluto, accordandogli il beneficio d'inventario. Qual compenso per questi *onerosi doveri* che gravano l'erede, l'autore non poteva diseredarlo se non sino al quarto; e questa parte era chiamata *quarta falcidia* « (KENT, op. cit., vol. IV, pag. 418) ». Dedico tutto questo squarcio americano agli adoratori dell'idolo della *successio in universum ius.*

Anche nel diritto musulmano l'erede non è obbligato del suo pei debiti del defunto. Cfr., a es., *Statuto personale e successioni secondo il rito Anafita* (Alessandria). Art. 583: « L'erede deve adempiere i seguenti obblighi: 1° Pagare le spese de' funerali e della sepoltura del defunto; 2° Soddisfare sulla totalità de' beni residui i debiti riconosciuti; 3° Eseguire il testamento del defunto sul terzo del rimanente dopo il pagamento de' debiti. — Ma queste sono, si capisce bene, legislazioni barbariche, indegne di considerazione, come il povero diritto germanico. Il

de' pesi che gli incombono e delle proprie responsabilità. Pagare del proprio i debiti di un altro, vivo o defunto, potrà essere nobile impulso di generosità; potrà essere anche debito ufficio di pietà, se questo altro non è un estraneo qualunque, ma il padre, il fratello. Ma nemmeno la morale più rigorosa può riguardare un simile atto come dovere assoluto; perchè la tutela della propria personalità e della sua libera esplicazione è un dovere per ciascuno, e la morale può bensì imporre in qualche caso ed entro certi limiti il sacrificio, ma non mai l'abnegazione assoluta e la rinuncia in ogni caso al proprio scopo nella vita per

---

colmo della civiltà è rappresentato dal fare a pezzi il corpo del debitore, senza incorrere nel pericolo di Shylock, e dall'addossare agli innocenti le dannose responsabilità de' trapassati. Ma, Dio mio, le XII Tavole non furon già compilate da Giuliano in collaborazione con Papiniano!

Del resto, com'ebbi già a osservare, se al mero scopo di « garentia de' creditori » non ad altro avessero mirato i primitivi Romani, la sola costruzione logica e naturale sarebbe stata di conservare il patrimonio del defunto a tale scopo. E non solo, ma, soggiungo, anche la più vantaggiosa e sicura per il creditore, al quale il sistema dell'illimitata responsabilità personale dell'erede è quello che più imperfettamente provvede. Per garentire effettivamente i creditori c'è stato bisogno di conceder loro il beneficio della separazione, cioè di creare a lor favore un istituto rispondente appunto al beneficio d'inventario e determinante una specie d'ipoteca generale sui beni del defunto. E codesto beneficio della separazione, così com'è organizzato, e il suo controverso rapporto col beneficio d'inventario sono poi un rovello terribile nella dottrina e nella giurisprudenza.

Anche oggidì, volendo abolire nella nostra legislazione la responsabilità illimitata dell'erede, il sistema inglese, che riserba ai creditori il patrimonio del defunto, sarebbe preferibile a quello della responsabilità personale dell'erede limitata al valore delle cose ereditarie. E altresì una certa graduatoria così ne' crediti come ne' beni devoluti al pagamento, a uso inglese, sarebbe cosa equa e opportuna.

Ma il sistema attuale, oltre all'essere inadeguato allo scopo, intralciato e confuso per la concorrenza di beneficî diversi, rappresenta o una coazione immorale per l'erede scrupoloso, il quale non usa del beneficio d'inventario per tema di recare oltraggio alla memoria del defunto, o uno sprone all'immoralità per coloro che superano questo timore; senza contare il numero delle rinunce, che a tutti sembra, per quel ch'io n'odo, assai considerevole e tale da preoccupare.

immolare se stesso all'adempimento di obbligazioni, che sventura o colpa può avere accumulato sul capo altrui (1).

[Il concetto della *successio in universum ius* e dell'*universitas* è stato in seguito assoggettato da me a un nuovo esame storico e dommatico su base esegetica: e per la parte esegetica i miei studî si integrano e conciliano con quelli del Longo. Questo lavoro ha condotto a stabilire l'origine giustinianea dell'*universum ius* e dell'*universitas* (v. più innanzi) e isolare il linguaggio e il concetto della suc-

---

(1) Nel giudizio del principio romano godo di trovarmi pure d'accordo con un acuto romanista della scuola francese, l'Accarias, il quale così si esprime in proposito (*Précis de dr. Rom.*, vol. I, pag. 790, n. 2): « Anche così ristretta (cioè toltine i *sacra*, che anche l'Accarias considera quali debiti verso gli Dei) l'idea della continuazione del defunto per l'erede non è, a mio modo di vedere, che una irragionevole finzione. Immaginata in origine per giustificare la trasmissione de' *sacra privata*, serve essa ancora oggidì per ispiegare l'obbligo illimitato dell'erede per i debiti del defunto. *Ma quest'obbligo stesso, condannato implicitamente da tutte quante le legislazioni che ammettono il beneficio di inventario, mi par contrario all'equità.* Perchè, si dica pur quel che si vuole, il fatto è che l'erede non è giammai legalmente solidale col defunto, *benchè in qualche eccezionale ipotesi la morale possa fargli un dovere di pagare i debiti della successione anche al di là dell'attivo* ».

Considerazioni di cui al proposito non ho letto mai le più sensate e pratiche. Per vero la sola costruzione ragionevole, anzi perfettamente logica, delle obbligazioni eccedenti l'attivo dell'eredità sarebbe di considerarle come « obbligazioni naturali » per l'erede o per alcuni eredi. Il concetto dell'obbligazione naturale nel diritto moderno, giusta il mio modo di vedere (v. la mia nota nel *Foro Ital.*, vol. XVIII, 1893, pag. 150-162; e ora *Riv. di dir. comm.*, vol. XIII, 1915, pag. 97-133), vi si riscontra; esse hanno carattere patrimoniale e possono venire imposte dalla morale; e il soddisfarle può essere già un indizio che le si reputino effettivamente imposte nel caso dalla morale.

Ma pure come obbligazione naturale l'obbligo di pagare *ultra vires* i debiti del defunto non sarebbe mai la più sicura e la più netta; perchè, è inutile, si tratta sempre in fondo di debiti altrui. E i Romani, giudici competenti, pronunciano che il figlio è obbligato dalla *naturalis ratio* a prestar gli alimenti al proprio padre, ma non a pagarne i debiti (Ulp., L. 5, § 16, D. *de agn. et al. lib.*, 25, 3).

Anche con un altro scrittore francese io mi trovo per avventura d'accordo, ed è Émile Accollas, il quale ripetute volte esprime il concetto che l'erede non è in sostanza « un rappresentante del defunto »,

cessione (*successio*, *successio in locum*, *successio in ius*) nell'eredità e nella trasmissione delle cariche pubbliche, sicchè questo elemento, che era il più contrastato, è divenuto per sè solo una luminosa riprova dell'origine storica dell'*hereditas*].

5. Sempre nell'àmbito della *successio* una obbiezione acuta (l'unica che Vittorio Scialoja nelle sue Lezioni del 1904-1905 abbia trovata giusta, attribuendola per equivoco di notizia orale al Perozzi) è quella relativa al succedere

---

bensì « un mero successore ne' beni », onde non dovrebbe esser tenuto de' debiti eccedenti l'asse, e il beneficio d'inventario « non fa che rimetterlo nelle condizioni razionali della devoluzione ereditaria ». (Cfr. *Man. de dr. civ.*, Paris 1869-77, vol. II, pag. 59, n. 1; pag. 188, 222).

Est autem Priscus dubiae sanitatis, e, a dire il vero, si potrebbe contestare all'Accollas il diritto di affermar le « basi razionali » di checchessia. L'opera sua non è propriamente un Manuale di diritto, bensì una continua, spietata invettiva contro il Codice Napoleone e i suoi compilatori, nè l'autore è punto un giurista, bensì un fanatico rivoluzionario, cui la coscienza de' popoli, l'esperienza e l'evoluzione storica sono concetti e valori assolutamente ignoti. Purnondimeno il talento vivo e originale dell'A., la sua schietta, anzi passionata obbedienza al sentimento (che naturalmente, senza ch'ei se lo immagini, non è un gran numero di volte se non l'espressione individuale della coscienza comune a una data epoca), e perfino il suo stesso spirito profano al diritto e sprezzatore del fatto e della storia lo traggono più volte a rappresentarsi senza esitanze la nozione del giusto e dell'utile contro le fallaci induzioni storiche e l'irrazionale adorazione de' dommi giuridici, che sventuratamente riescono così bene a calunniare la storia e il diritto.

Finalmente anche un illustre giurista tedesco, l'Eck, in una monografia sulla condizione giuridica dell'erede nel progetto di Codice germanico (*Die Stellung des Erben, dessen Rechte und Verpflichtungen in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches f. das deutsche Reich*, Berlin 1890) si pronuncia risolutamente per il principio della responsabilità limitata. Di questo libro fa un'ampia e sagace recensione il prof. G. Segrè, nell'*Arch. giur.*, vol. XLVIII, 1894, pag. 585-594; il Segrè, pur con un certo riserbo naturale, par favorevole alla tesi dell'A. e rileva il numero considerevole delle rinunzie e altre dannose conseguenze del sistema attuale.

[La promulgazione del Cod. civ. germ. ha chiuso la disputa e sancito la vittoria del principio veramente patrimoniale: la responsabilità pei debiti ereditari è ormai limitata, non esuberante l'attivo, ed è inerente ai beni].

nella buona o mala fede. Osserva il Ferrini (1): « Il fatto che l'erede rispetto alla buona o mala fede si trova collocato nella stessa posizione del defunto, non riceve alcun lume dall'ipotesi indicata nel testo, e potrebbe anzi far supporre un altro fondamento non meno profondo ». Quale sia quest'altro fondamento (la verità forse balenava alla mente del Ferrini), egli non lo accenna: ma il rilievo è serio e tale che io stesso debbo aggravarlo con alcune ulteriori osservazioni.

Anzitutto, può parer curioso l'indurre come prova del tipo arcaico dell'eredità un elemento, come la buona fede, che non è preso in considerazione se non nella fase più evoluta della società e del diritto romano. Meno afferrabile, ma non meno grave, è l'altra osservazione, che debbo soggiungere, senza poterla a questo punto sviluppare. Una serie di fenomeni mi ha convinto che la *successio* ancora nel diritto classico importa bensì il subentrare ne' rapporti già costituiti e per così dire impegnativi, ma esclude precisamente il succedere nella *volontà:* il che costituisce per avventura un nuovo riscontro col diritto pubblico, e, quel che è più grave, un riscontro ancor più caratteristico con alcuni fenomeni del diritto pubblico romano. Ora la buona o mala fede è anch'essa in ultima analisi uno stato dello spirito: come avviene che l'erede non solamente la continua dal defunto, ma allo stato personale del suo spirito non si ha alcun riguardo? La risposta a questa obbiezione fu data da un giovane autore, l'unico che nella critica abbia assunto non già una funzione meramente negativa, ma la funzione ideale di collaborazione e di correzione, il Zanzucchi. Osserva il Zanzucchi come questa formula « succedere nella buona o mala fede » non sia nè romana, nè plausibile. Una successione in uno stato etico non si riesce a concepire più di quello che si riesca a concepire una successione nella personalità del defunto. « Essa importerebbe la falsa

(1) *Pandette*, pag. 736, nota 1.

conseguenza che per i rapporti costituiti dal defunto l'erede di buona fede dovrebbe considerarsi di mala fede tutte le volte che in uno stato etico contrario al suo si fosse trovato l'autore » (1).

Il vero è che l'erede in quanto *succedit in ius* subentra nel rapporto giuridico così come era costituito in testa al defunto, e quando pertanto la buona o mala fede *iniziale* aveva dato al rapporto la sua forma definitiva, sicchè anche un mutamento nello spirito del defunto non aveva più importanza, anche l'erede subiva questa condizione giuridica del rapporto: in altri termini se, come suona l'adagio, *mala fides superveniens non nocet*, essa non nuoce all'erede in quanto non avrebbe nociuto al defunto (2). Ma là dove il rapporto non è definitivamente costituito in testa al defunto, là dove si guarda alla buona o mala fede *in singula momenta* avviene come in quei rapporti, in cui si esige la volontà continuativa: l'erede non continua la buona o mala fede del defunto.

Com'è chiaro, posta in questi termini la questione, nulla importa che i rapporti così ordinati siano sopraggiunti in epoca storica, poichè il concetto della *successio* è vivace e operativo anche in epoca storica [Soltanto Giustiniano vi ha sostituito l'*universitas*].

6. Come ho detto, solo il principio della *successio in ius* è stato considerato con una certa larghezza e, come il lettore avrà rilevato, con alcune osservazioni feconde.

Altri elementi di struttura, addotti a dimostrare l'origine dell'istituto, hanno subìto una critica puramente negativa

---

(1) P. P. Zanzucchi, *La « successio » e l'« accessio possessionis »*, in *Arch. giur.*, vol. LXXII, 1904, pag. 185; cfr. anche pag. 191.

(2) Nel diritto romano la questione non si fa soltanto in ordine al possesso, ma anche in ordine ad altri rapporti come l'azione accordata a colui che avesse comperato l'uomo libero lasciatosi vendere per lucrare il prezzo insieme col venditore (L. 22, § 4, D. *de lib. c.*, 40, 12); nel nostro diritto invece la questione si fa unicamente in ordine al possesso perchè è questione puramente positiva.

e non felice. Vi ha tuttavia un'utilità logica e psicologica nel restituire alla loro vera essenza i concetti antichi, che il nostro spirito istintivamente e inconsapevolmente travolge, anzi, direi quasi con un motto d'uso, traduce e tradisce a un tempo stesso.

La successione universale, cioè la vera *successio* classica, è un fenomeno che accompagna costantemente l'acquisto di una potestà (*manus*, *patria potestas*, *dominica potestas*), cioè in generale l'antica *manus* del *paterfamilias;* viceversa dove non c'è acquisto di potestà la *successio* non ha mai luogo. L'applicazione legittima di entrambi i metodi della logica induttiva, il metodo delle concordanze e il metodo delle differenze, mi induceva alla conclusione: dunque la causa del fenomeno è appunto l'acquisto della potestà. È chiara la ragione per la quale io non poteva parlare, nell'ordine de' fenomeni da me studiati, di una certezza assoluta, ma solo di una probabilità: nell'eredità l'osservazione diretta (cioè la notizia storica) non mi permetteva di stabilire questa concordanza e questa differenza. Tuttavia anche nell'eredità, se la successione nell'epoca storica non dipende dall'acquisto d'una potestà, dipende pur sempre dall'acquisto di un titolo: l'induzione storica pertanto raggiunge un grado ancor maggiore di probabilità, un grado molto prossimo alla certezza, e la tesi dell'origine sovrana potrebbe dirsi dimostrata sulla base di questo unico rilievo.

Il Perozzi (1) ha negato l'osservazione su cui l'induzione si fonda: nella *bonorum emptio* vi ha successione universale e qui l'acquisto del potere non vi è.

Se non che la *bonorum emptio* si subordina sotto l'*hereditas:* il *bonorum emptor*, in quanto succede, è un *fictus heres* (2). Debbo tuttavia dichiarare che su questo punto il

---

(1) Le obbiezioni del Perozzi sono desunte dai due corsi sul *diritto ereditario romano* dettati nella R. Università di Parma, negli anni 1896-1897 (redattore U. Rostaing) e 1901-02 (redattore P. P. Zanzucchi).

(2) Gaii, *Inst.*, 4, 35.

Perozzi ha convenuto di aver errato: ma debbo pure soggiungere che, fosse anche stato nel vero, l'obbiezione non avrebbe valore, perchè si tratta nella *bonorum emptio* (lo stesso si potrebbe dire per la *bonorum possessio* e per l'*addictio bonorum conservandarum libertatum causa*) di istituzioni pretorie, quindi storiche e svolte per assimilazione o imitazione degli antichi istituti. Ora noi ricerchiamo appunto la causa di formazione degli originari preistorici istituti-tipo.

7. Sotto un altro aspetto l'induzione desunta dal regime delle successioni *inter vivos* fu appuntata parzialmente dal Ferrini, pur reputandola in generale un efficace argomento: nelle *successiones inter vivos* non si subentra ne' debiti. A me pareva di aver risposto adeguatamente, rilevando la natura particolare di queste successioni (poichè ogni *successio* ai tratti fondamentali e comuni della struttura accompagna elementi particolari al suo organismo), che non rappresentano acquisto di sovranità sul gruppo stesso, ma su di un gruppo annesso o un individuo aggregato (1).

Di questo ragionamento il Ferrini non si tenne pago. Dopo aver osservato e giustamente che « non è lecito pensare che in tale successione fosse ammesso in origine e negato in seguito il trapasso de' debiti, mentre è evidente lo sforzo di renderlo possibile » soggiunge (2): « La spiegazione data dal Bonfante, che cioè non possa chi acquista il potere costringersi a rispondere degli obblighi dell'assoggettato, non soddisfa del tutto, poichè qui si tratta di ciò: che chi assume un potere sulla persona e sul patrimonio, e ne esercita i crediti e i diritti, dovrebbe, *per evidente analogia e correlazione col diritto ereditario* (ove si trattasse dello stesso fenomeno sostanziale), riconoscerne gli obblighi ».

---

(1) V. Bonfante, *Diritto romano*, pag. 452.
(2) Ferrini, *Pandette*, l. c.

Le teorie più sfatate, a cui favore nessuno oserebbe più levare la voce, reagiscono talora per influenze recondite e oscure esercitate sui nostri cervelli: e crederei di non andar errato nello scorgere in quelle parole dell'acutissimo e dottissimo uomo una lontana eco della vecchia dottrina che faceva spuntare tutte le successioni universali per assimilazione all'eredità: un pensiero, che è verità quanto alle successioni recenti, storiche, in cui l'assimilazione legislativa è attestata dai Romani, in cui il successore *ficto se herede agit*, e in esse precisamente con qualche modificazione si attuano gli effetti dell'eredità, anche in ordine al trapasso de' debiti; ma un pensiero che rappresenta uno sproposito ormai per le successioni vetuste, preistoriche, *moribus constitutae*, come dice Gaio, tipiche alla pari della eredità, le vere successioni *inter vivos*, che si ricollegano non all'acquisto di una vera o finta qualità di erede, bensì a quello di un potere domestico sulle persone. Qui abbiamo bensì figure analoghe, ma non identiche, qui l'equivalenza non può esser piena: è lo stesso fenomeno sostanziale, per usar le parole del Ferrini, ma in condizioni differenti, e la *successio* si attua, sinchè non incontra ostacoli, sinchè altri principî non attraversino la piena esplicazione del fenomeno.

Il *paterfamilias* arrogatore continua bensì in proprio nome l'usucapione iniziata dall'arrogato, possiede a titolo di precario se l'arrogato possedeva a questo titolo, subentra nel rapporto e nel vincolo dotale d'inalienabilità, ma non può esser tenuto per le obbligazioni, perchè il *paterfamilias* non è mai tenuto per le obbligazioni del suo *filiusfamilias* o del suo servo, perchè, in altri termini, non si è spento un capo, perdurando sempre il gruppo, come nell'eredità, ma si è spento un gruppo, si è estinta una famiglia, una sovranità indipendente è cessata. Il riscontro coi due fenomeni corrispondenti del diritto pubblico, la fine di un sovrano e la fine di una famiglia internazionale, non potrebbe esser più preciso e limpido: la correlazione rispettiva dell'eredità e della *capitis diminutio* con la successione di diritto costi-

tuzionale e la successione di diritto internazionale per incorporazione ed annessione si manifesta precisamente nella differenza incriminata: il perpetuarsi o il cessare degli obblighi assunti.

La spiegazione del fenomeno valga a significare di riverbero quanto sia fallace il pensiero che ricollega l'origine del succedere ne' debiti, in tema di eredità, all'economia monetaria e capitalistica, all'interesse del credito: evidentemente tanto il succedere *ultra vires* dell'eredità quanto il non succedere nemmeno *intra vires* delle altre successioni (principî entrambi incongrui dal punto di vista commerciale e modificati entrambi dall'evoluzione progressiva) hanno radice organica e remota.

8. Un argomento non privo di significato pel carattere originario dell'eredità è l'indifferenza della patrimonialità per l'istituto in se stesso, cioè nella sua struttura giuridica, pur essendo nella società e nella vita già in antico così viva la sua funzione economica. L'erede può essere assolutamente escluso dal patrimonio: il defunto può elargire tutto il suo patrimonio in legati, e regalare all'istituito null'altro che il titolo di erede, con che non gli lascia se non quanto costituisce l'appannaggio sicuro, inscindibile dalla qualità di erede: debiti e responsabilità di ogni genere. Soltanto le leggi limitative de' legati, dopo notevoli sforzi e ripetuti tentativi, pervennero con la *Falcidia* a salvare all'erede il quarto.

Il Perozzi asserisce che questa esclusione dell'erede dal patrimonio non fosse in origine possibile: essa nacque, a suo avviso, da un mostruoso abuso de' legati. In un certo senso ciò è vero: nessuno dubita che spogliare il successore di ciò che col titolo gli deve pervenire, è un abuso. Ma che giuridicamente la cosa fosse possibile, che il titolo non avesse alcun significato patrimoniale, è altrimenti certo: *sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeter-*

quam inane nomen heredis (1). Gli stessi titoli del Digesto, con le loro ipotesi e i calcoli per salvare all'erede il quarto di fronte ai testatori che del limite non si fossero curati, mostrano quanto fosse persistente l'uso di conferire un titolo vuoto: vuoto, s'intende, di beni, perchè un significato, sia pur oneroso, lo ha sempre. Le leggi hanno dovuto provvedere a reprimere gli abusi, ma l'abuso presuppone il diritto (d'altra parte la struttura parla chiaro) e a me par certo che il sentimento dell'abuso dovette spuntare il giorno in cui l'istituto del legato, invece di costituire (come però di regola è ancora nelle leggi del Digesto) l'appannaggio delle donne e de' cadetti, fu rivolto a beneficare gli estranei al nome e alla famiglia. I monarchi dell'alto Medio Evo possedevano piena libertà di donare i beni della Corona: « ogni sovrano inglese, dice il Macaulay, considerava come di sua proprietà privata le terre che possedeva per successione in virtù del suo titolo » (2). Ma quando, all'epoca di Guglielmo d'Orange, la monarchia si avviava a ridursi una venerabile astrazione, e il re straniero prese a favorire i suoi amici stranieri e le sue ex-amanti, allora la Camera protestò unanime contro l'abuso e il re umiliato cedette al desiderio della nazione e revocò le donazioni.

9. La dimostrazione che io derivo dalla struttura dell'istituto ereditario è duplice. Se dal lato positivo essa tende a rivelare l'incompatibilità de' principî fondamentali della eredità con la sua finalità storica di trasmissione patrimoniale, dall'altro lato essa è rivolta a mostrare la perfetta corrispondenza degli stessi principî al fine di trasmissione di un potere o di una carica. Ora alcune obbiezioni sono dirette appunto a revocare in dubbio questa perfetta rispondenza.

Premetto intanto un'osservazione. Il Ferrini nelle sue *Pandette*, dichiarandosi con vero calore favorevole all'idea,

---

(1) Gaii, *Inst.*, 2, 224.

(2) Macaulay, *Storia d'Inghilterra*, libro VIII, c. 21.

ha una frase del seguente tenore: « L'opinione del Bonfante... spiega molto bene il carattere generale di essa [dell'eredità], *varie regole* che sopravvivono anche nel diritto classico e giustinianeo, ecc. » (1). Ora, a rischio di esser diffuso, io desidero che non si prendano abbagli. Il Ferrini non dice cosa dal mio punto di vista inesatta, ma potrebbe indurre nell'equivoco di far ritenere che la funzione di trasmissione della sovranità si concilii soltanto *con alcune* delle regole della successione privata classica. Non è precisamente così: *per alcune* essa è l'unica spiegazione possibile: il principio *nemo pro parte* o il regime del prelegato riescono altrimenti concetti enimmatici e mostruosi. Altre, invece, si potrebbero, sia pur con un certo sforzo dialettico, a cui gli spiriti inerti e conservativi si acconciano sempre, spiegare anche dal punto di vista patrimoniale. È chiaro, a esempio, che il carattere schiettamente personale della vocazione all'eredità, per quanto smarrito nella fisonomia schiettamente patrimoniale assunta dall'eredità nel diritto giustinianeo, e rinnegato nel diritto moderno, tuttavia non è assolutamente inconciliabile con la patrimonialità: vi ha ben de' diritti patrimoniali inerenti alla persona. La stessa *successio*, per quanto rispecchi ne' termini e nel regime il termine e il regime delle cariche pubbliche, per quanto nella sua purezza, prima del sorgere de' celebri beneficî, essa sia più dannosa che utile al credito e al commercio, ha trovato tuttavia i suoi eloquenti difensori in nome del credito e del commercio. Pertanto l'asserzione del Ferrini che la trasmissione della sovranità spieghi alcune delle regole, si deve intendere nel senso che *per alcune delle regole* essa è *la sola spiegazione possibile;* ma in realtà essa spiega *tutti i principî* dell'eredità.

Nondimeno questa mia pretesa appunto che tutte quante le regole (s'intende le regole arcaiche, fondamentali di struttura dell'*hereditas*) siano per lo meno conciliabili con la

(1) Ferrini, *Pandette*, pag. 735.

trasmissione della sovranità, anche se per avventura alcune di esse vengano a esser compatibili colle finalità patrimoniali, ha trovato i suoi oppositori. Il Perozzi ha impugnato anche quello che era il punto di partenza della mia dimostrazione, ma che, a dire il vero, ora non costituisce più il caposaldo di essa: il principio dell'incompatibilità delle due chiamate alla successione, formulato nella regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* Questo principio (dice il Perozzi) non si spiega con l'idea che sia incompatibile la designazione di un sovrano in un modo e di un altro in un modo diverso.

A questa concisa dichiarazione io non posso dar altro senso se non che il principio stesso nella mente del Perozzi possa avere un'altra spiegazione. Certo è, peraltro, che delle spiegazioni proposte dal punto di vista patrimoniale nessuna soddisfa, e il principio continua a esser dichiarato un enimma. Quella accolta dal Perozzi nelle sue *Istituzioni* (1), che è l'opinione dello Scialoja, è forse il tentativo più ingegnoso, ma io non potrei dire nulla di più.

Non è lecito invece dare a quelle parole (nè mi sembra che lo abbiano) il senso che il principio non si concilii con la trasmissione della sovranità. In realtà non soltanto la logica lo esige, ma il fatto: ne' fatti di tutta la storia dell'umanità io non ho scoperto un ordine, un momento in cui compaia un simultaneo, legittimo impero di più sovrani designati in modo diverso. Se la mia spiegazione non è accolta da tutti, e la regola è in Germania dichiarata di nuovo un enimma dal Lenel, ciò deriva dalla repulsione che ispira l'idea generale, non già dalla sua insufficienza a spiegare questa regola.

10. Un gruppo di obbiezioni concerne la preminenza del testamento.

---

(1) Perozzi, *Ist.*, II, § 196, pag. 372.

È questo un principio che costituisce una vera tortura per gl'interpreti e per gli storici del diritto romano, in quanto non soltanto l'arbitrio assoluto del *paterfamilias* dal punto di vista patrimoniale è oltremodo ripugnante, ma i dati più sicuri del diritto comparato respingono il testamento (o, meglio, quello che si chiama il testamento) dalle origini, in cui domina la successione intestata (1).

Il testamento (è questo un saldo canone de' comparatisti) si insinua solo in epoca di matura civiltà col prevalere dell'individuo sulla famiglia. Ora non potendosi conciliare la preminenza dell'istituto nel diritto romano colla propria ideologia e coi risultati del diritto comparato, gli storici hanno preso il partito più disperato: l'hanno negata per l'epoca più antica, che non mostra i suoi documenti. E poichè sugli albori della storia documentata l'istituto esiste in questa posizione di preminenza, ciò è argomento che la società romana ha raggiunto, in epoca assai precoce, *un grado assai maturo di civiltà*, e, dovremmo aggiungere, un intenso individualismo. Non si arretra davanti a nulla.

Per me la spiegazione del principio era ed è sotto un duplice aspetto argomento dell'origine sovrana dell'eredità. Con questa infatti essa si concilia non solo da un punto di vista generale, ma più ancora dal punto di vista romano. Il testamento ci sta a rappresentare la designazione da parte del predecessore quale vige negli ordini politici di

---

(1) Sarà chiaro come io ceda, per la necessità di esser compreso di primo acchito, al linguaggio convenzionale, dato che i termini romani sono ormai divenuti l'alfabeto del diritto. Nel mio pensiero non solo testamento, erede testamentario sono concetti prettamente romani, ma la stessa *successio*, per lo meno applicata all'erede testamentario, è un concetto tecnico, che non si potrebbe trasportare fuori del diritto romano, senza avvertire la differenza di significato. Ragionare senza criterio su questi termini significa incorrere costantemente in un sofisma per anfibologia: ciò indipendentemente da qualunque apprezzamento delle mie idee, poichè la struttura giuridica della successione e del testamento è parlante, a qualunque funzione fosse destinata in origine.

Roma come requisito esclusivo o concomitante per la nomina di re, magistrati, imperatori, in una tradizione ininterrotta che va dal mitico cittadino di Cure all'ultimo imperatore legittimo di Occidente.

Sotto l'uno e l'altro aspetto l'argomento è stato impugnato. Il Perozzi non trova che il modo di designazione dell'*heres* (1) corrisponda all'idea di sovranità, e il Costa intese dimostrare che non corrisponde all'idea *romana* di sovranità.

Ribattiamo dapprima il secondo punto, con che implicitamente, com'è chiaro, già si ribatte il primo.

Io non credeva per vero che il Costa, col suo discorso scettico sulla designazione, intendesse negare il carattere primigenio della designazione del successore, sia nel Regno sia nell'antica Repubblica romana; io credeva che le sue parole (2) tradissero il suo pensiero, perchè a ritenerle nel loro senso letterale converrebbe scuotere le basi di tutti gli studî del Rubino e del Mommsen, anzi di tutto il diritto pubblico del Mommsen, e riedificare da capo lo svolgimento

---

(1) Io credo ch'egli alluda a questo modo romano, cioè la designazione da parte del predecessore; ma potrebb'essere ch'egli intendesse riferirsi alla combinazione de' due modi, cioè all'ammissione contemporanea de' due sistemi di successione: nel che forse gli darei ragione. Ma la successione intestata è nel pensiero genuino de' Romani un ripiego per i casi eccezionali in cui il defunto non abbia designato il successore. E lo stesso fatto di vederla sancita dalle XII Tavole, che non sanciscono nessun principio fondamentale (anche il testamento e le sue forme non sono sanciti, ma presupposti) a mio avviso lo dimostra.

(2) Alludo alle parole seguenti: « E nemmeno è dimostrato (cioè, il mio concetto della successione sovrana, a cui il Costa per equivoco legava indissolubilmente come presupposto necessario la precedenza del testamento) da troppo fallaci corrispondenze d'una tale delazione colla designazione del predecessore, che le memorie rappresentano adoprata nella trasmissione della magistratura regia, del resto per discendenza femminile, onde il problema si complica; e che ritorna a quando a quando nel principato. Perchè le memorie o le leggende dell'età regia e la storia dell'età imperiale concordano mirabilmente nel rappresentare, di fronte a tale designazione, come saliente e decisiva pel conferimento della magistratura l'elezione popolare » (Costa, *Storia del diritto romano*, Bologna, ed. Zanichelli, 1903, pag. 389-390 (n. 31).

del diritto pubblico romano. Ma il suo erudito discorso su Teodoro Mommsen mi mette in sospetto che tale debba essere proprio il suo pensiero, perchè sulle orme di Pietro Ellero, egli oppone alle idee del Mommsen il concetto latino della sovranità popolare, il magistrato rappresentante il popolo e simili, e afferma che la preminenza del magistrato « quale si rivela già nell'ordito sistematico del Mommsen, contrasta in guisa stridente coll'essere e col senso vero della romana costituzione, quale da mille testimonianze e da mille segni diversi e concordi balza fuori netta e sicura » (1). Fin qui siamo in regni aerei, come era forse naturale in un discorso; di queste mille testimonianze e segni concordi per la matura epoca storica, e lungo tempo dopo la caduta dell'antica repubblica niun dubita, e io molto meno (cfr. *ad abundantiam*, il n. 3 di questa confutazione); ma il Costa dovrebbe in un lavoro tecnico e speciale dimostrare che le altre non iscarse testimonianze e gli altri segni concordi, i quali mostrano la designazione del magistrato come elemento unico o preponderante sull'elezione *nell'età più antica* e non eliminato nemmeno nell'età più tarda, siano a uno a uno fallaci. Che la costituzione romana si sia svolta nel senso della sovranità popolare lo afferma e vi insiste ripetutamente lo stesso Mommsen, ma lo afferma appunto come il risultato di un lungo svolgimento, e si può ben rilevare, io credo, che è la plebe la quale, via via che conquista le magistrature, dà peso all'elezione: ma la designazione è il principio sacro, il

(1) Vedi il *Discorso inaugurale su Teodoro Mommsen*, Bologna 1904. [Nella nuova edizione della sua *Storia del diritto romano* (Torino, Bocca, 1911, pag. 463, nota 1) il Costa non ripete più nè questa, nè altre critiche al mio concetto, e consente che con la mia confutazione io ho dissipato gli equivoci; ripubblico nondimeno senza modificazioni essenziali anche la risposta alla sua vecchia critica, la quale potrebbe impressionare altri, come le obbiezioni del Ferrini continuano a impressionare, anche ritirate dall'autore. D'altra parte, malgrado il calore della mia convinzione, nulla vi ha nell'espressione che possa toccare sul vivo, nonchè offendere, la personalità scientifica dell'illustre collega dell'Università di Bologna].

diritto pubblico degli àuguri, dei pontefici, dei patrizi. Che la designazione si accoppii (e non mai nelle magistrature più vetuste ed esclusivamente patrizie, come l'*interrex*, e in un timido modo ne' sacerdozi) nel corso della storia all'elezione popolare, che finisca a un certo momento nelle magistrature più vitali della Repubblica con ridursi a una mera forma, ben rivela piuttosto nella lotta e nella non completa involuzione la forza di resistenza del principio, la sua originarietà.

È ben proprio degli organismi che hanno una forza ingenita, nudrita nelle prime fasi dell'esistenza, di conservare una lunga, prodigiosa vitalità, anche quando tutte le sorgenti del vivere appaiono essiccate.

Per la matura epoca storica il Mommsen (cui non serve aggiungere l'umile mio nome) dà la mano a Pietro Ellero, il quale non ha errato, ma non si è mai, io credo, occupato di problemi di origini. Discordo io forse da tutti i giuristi che trattarono e trattano l'eredità storica come una successione patrimoniale? Ma certamente solo per essere il principio della designazione tenacemente abbarbicato nel diritto pubblico romano, avvenne che esso, risollevato più che risorto nella costituzione imperiale, si trasmettesse, come io già osservai, a Bisanzio, attraverso Bisanzio alle Repubbliche italiane, ex-ducati bizantini, e principalmente alla Repubblica di Venezia, dove durò sino al 1032, allo Stato degli czar, dove, fissato come legge da Pietro il Grande con *ukase* del 5 febbraio 1692, durò sino all'epoca di Paolo I, il quale, con legge di famiglia emanata il 12 maggio 1797, sancì per la prima volta il diritto di primogenitura sulla foggia de' paesi occidentali; ed è probabilmente, soggiungo, dal diritto pubblico romano che, come tante altre istituzioni, esso trapassò nella Chiesa per l'elezione de' papi e de' vescovi sino al Concilio di Antiochia nel 341, che vi oppose l'interdizione formale: si è persino attribuito a Leone XIII il pensiero di risuscitarla.

Queste a ogni modo sono considerazioni di puro lusso. Nel diritto pubblico dell'antico Stato romano il Rubino e

il Mommsen hanno dimostrato con la scorta di dati positivi il principio, e io non fo che assumerlo (1): la sua confutazione, a mio avviso, impossibile, non potrebbe essere che materia di un lavoro speciale.

Meno ancora si può negare il principio da un punto di vista generale. La designazione del successore da parte del predecessore vige in tutto il mondo islamitico, nella Cina e in una buona metà del mondo: forse in tutto il mondo, salvo, e da non molto, ne' paesi di civiltà europea. Astrattamente, del resto, la designazione ha la stessa base logica della elezione: l'ente, in cui la sovranità ha sede, investe il temporaneo depositario, e quando quest'ente non è il popolo o una parte di esso, ma una persona, è desso che investe dell'impero il successivo depositario. La monarchia ereditaria, nel senso che da noi s'intende la parola ereditario, non si è consolidata che in fasi ulteriori di sviluppo

---

(1) Solo per il principato e per l'impero assoluto della costituzione dioclezianeo-costantiniana (a parte le mie osservazioni sul diritto del *rex*, non del solo *interrex;* su di che v. la mia *Storia del dir. romano*, 2ª ediz., Milano 1908, pag. 95, n. 2), io potrei pretendere di aver insistito sul rivivere intiero dell'antica designazione non mai intieramente spenta. La cosa meriterebbe uno studio speciale, ma l'ultima epoca è certamente la meno importante per il mio tema.

Che, peraltro, la designazione ritorni solo « a quando a quando » nel principato è di nuovo per lo meno una esagerazione. Dei 73 successori di Augusto, 22 furono sollevati dai pretoriani o dalle milizie in momenti di crisi o vacanza straordinaria (Claudio, Galba, Ottone, Vitellio, Vespasiano, Didio Giuliano, Severo, Macrino, Eliogabalo, Massimino, Filippo, Gallo, Emiliano, Aureliano, Probo, Caro, Diocleziano, Gioviano, Valentiniano, Massimo II, Glicerio, Romolo Augustolo), 8, pur sempre in caso di vacanza straordinaria, elevati dal Senato (Nerva, Pertinace, Massimo e Balbino, Gordiano, Decio, Valeriano, Tacito); ma 43 ebbero il loro titolo in una forma o nell'altra dalla designazione o per lo meno, il che vale forse di più, furono presentati in questa forma (Tiberio, Caligola, Nerone, Tito, Domiziano, Traiano, Adriano, Antonino Pio, Lucio Vero e Marco Aurelio, Commodo, Caracalla e Geta, Alessandro Severo, Gallieno, Claudio II, Carino e Numeriano, Massimiano, Costanzo, Galerio, Valerio Severo, Massimino Daia, Licinio, Costantino, Costante, Costanzo II e Costantino II, Giuliano, Valente, Graziano, Valentiniano II, Teodosio, Onorio e Arcadio,

là dove non fu arrestata nel suo movimento, come presso i Greco-Italici; ma per un lungo periodo a partir dalle origini le monarchie medioevali e le orientali, il sacro romano Impero e l'Impero dei Califfi si perpetuarono per designazione. Spira Amleto designando il successore, l'ha designato il nostro etiope ben noto vicino, e l'avrebbe designato il defunto imperatore Kung-Su prima di uccidersi o di essere ucciso. L'anarchia invade, quando per avventura la designazione manca. Come accade persino in Francia e fino al secolo XIII, la stessa successione del primogenito e la conservazione in generale del trono nella propria famiglia non è altrimenti assicurata per lunga pezza che assumendo il figlio primogenito qual conreggente.

Nel mondo moderno la primogenitura sovrana è il precedente storico del maggiorasco; nel mondo romano dal testamento si risale nella preistoria alla designazione sovrana. La Bibbia stessa ci presenta la designazione del successore meditata da Abramo, attuata da Isacco a favore di Gia-

---

Costanzo III, Valentiniano III, Avito, Maioriano, Libio Severo, Antemio, Olibrio, Giulio Nepote, il quale è precisamente considerato come l'ultimo imperatore legittimo d'Occidente). I periodi di ordine e di forza dell'Impero — l'êra degli Antonini, di Diocleziano e Costantino — segnano l'apogeo della designazione. La falsa idea dell'ereditarietà si insinua qua e là nella mente per qualche nome (per es., Tito, Commodo, Caracalla e Geta, i Costantini, Arcadio e Onorio), ma è una vera fallacia, poichè ciascuno de' pretesi successori per eredità naturale fu effettivamente imperatore per designazione, financo associato all'impero: la stessa designazione di più successori, l'attribuzione de' territorî dall'epoca di Diocleziano operata dal predecessore è indizio come a torto si collochi anche per quei nomi il concetto *odierno* dell'ereditarietà qual titolo legale. Per la mera discendenza o consanguineità nessun imperatore ascese al trono; anzi la discendenza fu più d'una volta, anche preventivamente, esclusa.

Quanto alla pretesa complicazione col matriarcato per l'epoca regia (v. sopra pag. 216, n. 2), che a ogni modo è fuori di luogo per l'epoca repubblicana, data pure per vera, non rileva nulla contro la designazione; ammetto bene anch'io che il *paterfamilias* solesse designare di regola non uno straniero, bensì l'uno de' figli o il primogenito, e nondimeno il problema non si complica nè con la successione familiare nè con la primogenitura.

cobbe, da Giacobbe stesso a favore di Giuda, contro Ruben. E nelle monarchie assolute, la designazione da parte del sovrano regnante risorge sempre necessariamente ne' casi di dubbiezza ereditaria, o per ragioni di convenienza da essere apprezzate dal sovrano, o infine allo spegnersi di una dinastia: le celebri successioni spagnuola e austriaca insegnino; entrambe ebbero a pretesto la violazione de' diritti del sangue per effetto della designazione compiuta dai due sovrani di Asburgo (Carlo II di Spagna e Carlo VI d'Austria), e nella prima almeno le pretese del sangue furono appagate con le provincie non spagnuole dello Stato.

Fu osservato altresì (Perozzi) che la designazione non basta mai per qualunque magistrato romano. Non sarebbe evidentemente un argomento contrario: a me basta che la designazione sia il momento più arcaico ed immanente della costituzione romana, anche se in seguito, sopraffatta dalla elezione, essa non compaia più come elemento unico ed esclusivo. Ma in realtà l'asserzione non è molto esatta. La designazione basta pel dittatore, che rievoca il re, almeno fino all'epoca della seconda guerra punica, nonchè per le singolari arcaiche figure del *magister equitum* e del *praefectus urbi*, e bastò sino ai tempi storici nel regime più conservativo del sacerdozio.

11. Un'obbiezione che mostra quanto sia malagevole nella discussione collocarsi sul terreno degli avversari, sia pur formulata la tesi con la maggior possibile precisione (e il mio difetto certo è più di chiaroscuri che di precisione), è l'assenza di ogni traccia di primogenitura nel diritto romano. L'obbiezione fu mossa da più parti, dal Filomusi, dal Perozzi, dal Costa (1). Ora, ben appresa la mia teorica,

(1) [Quanto al Costa ripeto l'osservazione fatta a pag. 217, nota 1; su questo punto anzi egli dichiara espressamente (*Storia del diritto romano*, 1911, pag. 463, nota 1) che nelle nuove memorie ho dissipato l'equivoco].

l'assenza di primogenitura è un argomento a favore di essa. L'assenza di primogenitura è per l'appunto un fenomeno sorprendente non meno che la preminenza del testamento. Ma l'uno spiega l'altro. Ovunque esiste per la trasmissione del potere sovrano la designazione da parte del predecessore, quivi la primogenitura non si afferma: anche se il primogenito succede, come è il caso dell'imperatore Tito, non succede per diritto di primogenitura, bensì per espressa designazione del predecessore. Che la primogenitura debba escludersi dalle origini di Roma, io lo credo tanto più volentieri, in quanto sono convinto che attraverso le maggiori tempeste storiche ogni organizzazione passata lascia traccie o sopravvivenze, e perciò non reputo buon sistema, specialmente in una storia come quella di Roma e del suo diritto, la divinazione pura e semplice. Ma che, in difetto di primogenitura, non vi fosse nella società primitiva un sistema per tenere unita la famiglia nel caso di molteplicità di figli e nipoti, quando le funzioni che essa conserva solo come rudimenti storici nell'epoca civile erano serie e necessarie, ciò è veramente contrario a tutti i dati del diritto comparato. Che la disgregazione in gruppi diversi e persino ostili si verificasse più di frequente che non le divisioni e le secessioni degli Stati civili odierni, è ovvio, perchè nel mondo sociologico come in quello biologico gli organismi primitivi hanno scarsa coesione e facilmente si moltiplicano per scissione (le frequenti divisioni degli Stati barbarici e le colonie fenicie e greche insegnino), ma che ciò accadesse regolarmente e rigidamente, come nell'epoca del diritto classico, è tale un'inverosimiglianza, che un intelletto aperto, messo sull'avviso, non vi dovrebbe insistere un momento.

D'altra parte anche in epoca storica il testamento, pur ne' limiti in cui esso è stato ridotto quanto al suo contenuto, è una scelta volontaria, non rimessa all'arbitrio della nascita, ma *pur sempre tra i sui*, e tale carattere è talmente insito nell'atto, che esso lo conserva ancora nel diritto clas-

sico. Basta all'uopo consultare i casi numerosissimi configurati nel Digesto, specialmente al libro 28°, o con parole del giurista, o riferendo il tenore dell'atto. Uno de' figli è istituito, gli altri sono onorati di legati o fedecommessi, e per le figlie il lascito ordinario è la *dos praelegata*. Nè la designazione di uno de' figli significa, come mi fu opposto, che gli altri rimangano come sovrani spodestati: essi erano e restano (s'intende, in epoca primitiva) sudditi.

12. Altro principio generale della successione dichiarato dal Perozzi inconciliabile con l'idea della sovranità romana è il diritto di accrescimento. Morto un coerede, i colleghi non potrebbero subentrare nel suo diritto, ma dovrebbero invece procedere a completarsi nel numero: così avrebbero fatto i consoli, così i tribuni.

Che i magistrati collegiali romani dovessero provvedere a completarsi in caso di deficienza di un membro, anche se si volesse ritenere, non proverebbe nulla: perchè intanto, prima che ciò avvenga, la sovranità intera è necessariamente devoluta al superstite o ai superstiti. Ma il rilievo non è esatto: non si rielesse un collega il primo re di Roma, alla morte del mitico Tazio; non usavano punto completarsi i tribuni della plebe; non si completano i tribuni militari con potestà consolare; non si completò il collegio dei consoli nel 216, nel 208, nell'84, nel 68 a. C.; non si completò il collegio dei pretori nel 184; non si rielesse un collega nella censura Appio Claudio; non si rielessero un collega nel consolato Caligola, Nerone; nè sempre si rielesse un collega l'imperatore superstite d'un collegio imperiale. S'intende che nel regime e nello spirito della Repubblica, in cui la collegialità non è che sorga la prima volta, ma diviene stabile e caratteristico sistema politico, la cosa fu vista talora di mal occhio; nondimeno, pur durante la Repubblica, tanto l'esercizio della sovranità esclusiva da parte del magistrato superstite, quanto il passar sopra alla nomina suppletiva non apparvero mai quale una incostituzionale

infrazione, onde a ragione il Mommsen pronuncia, che il compimento di quell'elezione complementare non era legalmente richiesto (1).

L'argomento, pertanto, del diritto di accrescimento, che è incompatibile con la patrimonialità (nella funzione patrimoniale o dovrebbero succedere gli eredi del coerede defunto, o dovrebbero chiamarsi gli eredi *ab intestato*), resta pieno ed intero.

Con questo io ho esaurito le obbiezioni in cui è stato preso di mira un qualche elemento desunto dalla mia dimostrazione, sia pure non collocandosi mai sul mio terreno. Le altre obbiezioni prendono in generale di mira elementi da me non considerati, perchè, a mio avviso, indifferenti.

13. Un'obbiezione di tal natura è la chiamata generale di tutti i *sui ab intestato* e in generale la coeredità. Un regime siffatto è riconosciuto dal Perozzi contrario all'idea di sovranità, dal Ferrini un ostacolo non lieve.

L'obbiezione è, per vero dire, un ottimo spauracchio: ma non ha valore nè logico nè storico. Della coeredità io non tenni discorso ne' miei studî, perchè si concilia perfettamente con la patrimonialità, e quindi non poteva costituire elemento della mia dimostrazione, che ha per suo fulcro quelle parti che mostrano l'estrapatrimonialità dell'*hereditas*.

Ma si concilia altresì pienamente con la successione sovrana. Se anche fosse altrimenti nella *civitas* romana, vale a dire, se anche il più rigido principio monarchico avesse imperato nella primitiva *civitas*, nulla di strano che la famiglia seguisse o anticipasse in questo particolare un diverso tipo. Gruppi sottostanti, che appunto hanno una diversa costituzione dall'organismo superiore, sono così frequenti nella storia e nel mondo attuale, che si può essere dispensati dal ricordarne gli esempi. Ma fa mestieri appena di richiamare alla mente che Roma è il dominio classico

(1) Mommsen, *Droit public*, cfr. in ispecie vol. I, pag. 32; vol. III, pag. 92.

della collegialità rispondente a capello alla coeredità; che il principio della collegialità non si è mai smarrito nemmeno sotto l'Impero, e se anche si vuol porre una data iniziale alla collegialità nella *civitas*, essa è più antica della più antica memoria che noi abbiamo di coeredità nella famiglia, ed è più che gratuito il ritenere che la fondazione della Repubblica recasse sotto questo riguardo un principio nuovo: Romolo e Tito Tazio nella leggenda regnano come colleghi: dovevano regnare insieme i due figli di Anco, erano designati a regnare come colleghi Arunte e Tarquinio; la leggenda o il prammatismo costituzionale attribuisce a Servio il proposito di nominare stabilmente due colleghi annali invece di un re. Ciò che reca di nuovo la Repubblica, lo ripeto ancora, è il fatto elevato a sistema: ma è del resto abbastanza ragionevole e verosimile, che il fatto abbia preceduto e suggerito il sistema (1).

Se si vuole andare più lontani nel tempo e quindi fuori di Roma, in un popolo affine di razza e di tradizioni, ecco che la pluralità di sovrani annali o perpetui, ereditari o elettivi, è un sistema che si ritrova nella Grecia de' tempi eroici, in un periodo anteriore alle origini di Roma; è il sistema che regge le due città in cui s'incentra la storia ellenica, Atene e Sparta, il sistema di cui ci offrono ricordo le leggende omeriche e preomeriche; e se Ulisse dichiara ch'esso è cattivo (*οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη*), è lecito supporre che il savio principe rievocasse nella mente la triste prova che al tempo de' suoi padri aveva fatto nel regno di Tebe, nonchè nella prima delle due crociate bandite contro di quello.

Quanto al numero illimitato de' colleghi, è naturale che non si ritrovi in organismi primitivi quella fissità di ordini costituzionali degli Stati più progrediti. Chi si facesse tale illusione avrebbe nello spirito l'immagine de' grandi Stati

(1) [Sulle origini della collegialità v. ora il bello studio di A. Rosenberg, *Der Staat der alten Italiker*, Berlin 1913. Non mi sembra tuttavia ben avvertita dal Rosenberg la caratteristica propria della collegialità romana].

moderni. Per il difetto di regole, di fissità negli ordini primitivi, giova richiamare ciò che ne scrisse l'acutissimo talento storico del Manzoni nel suo discorso sui Longobardi. Ma nella presente questione i fatti sono ancora nella storia e nel diritto pubblico di Roma: non era fisso il numero de' tribuni, che fu di due, di cinque, di dieci, financo di undici, secondo la leggenda, e ciò, dice Tito Livio, conforme alla legge, *quae numero numquam definito tribunis, modo ut relinquerentur sanciret.* Non era limitato il numero de' membri di quella suprema magistratura de' tribuni militari con potestà consolare, di cui si contano, a intervalli liberi, ora tre, ora quattro, ora cinque, ora otto; forse non era fisso rigidamente il numero de' pretori, quando il Senato poteva sopravvenire e giudicare che vi erano abbastanza pretori (*satis praetorum esse*); nè il numero degli imperatori, quando se ne designano ora uno, ora due, ora tre e anche più di tre nell'êra dioclezianeo-costantiniana; nè infine la divisione dell'Impero d'Oriente e d'Occidente è altro, nell'ordine e nello spirito suo, che un sistema collegiale alternantesi liberamente con l'unità del potere supremo. S'intende che di questa facoltà di creare e proporre un numero vario di titolari non si abusa, dato lo scopo della trasmissione della sovranità; e quindi nella tradizione un certo ordine fisso si conserva. Ma è pur naturale che di questa facoltà, la quale è avvertita dal Mommsen e dagli scrittori di diritto pubblico romano, si facesse un uso assai più libero nel nuovo scopo, essenzialmente patrimoniale, cui doveva servire l'eredità.

Purnondimeno, se il sistema fosse stato normale, io dovrei convenire col Ferrini che un qualche ostacolo farebbe il regime stesso della collegialità in un gruppo limitato, come l'antica famiglia o la *gens.* Ma ciò è escluso appunto dalla mia costruzione, conforme ai dati romani. La designazione del predecessore è la regola, e nel suo tenore genuino essa doveva aver per iscopo *non meno la scelta che l'unità.*

14. Il *suus*, si osserva pure, deve essere espressamente diseredato.

Io non entro nella disputa se la prescrizione sia originaria o tarda: tutto mi fa propendere a supporre che nell'epoca di Cicerone non fosse ancora riconosciuto nè l'obbligo assoluto della diseredazione, nè l'istituto della legittima. Ma, certamente, anche la *exheredatio* non è che uno spauracchio.

Guardato da vicino, esso si converte piuttosto in un indizio a favore della nostra tesi. Anzitutto la *exheredatio* romana non è una ignominia, nè uno spoglio, quando all'*exheredatus* si provvede mediante legati. Ma noi possiamo altresì ritenere che ogni *suus* sia virtualmente *heres*, in quanto il testamento è, ripeto (e tale si conserva normalmente anche nel diritto classico), una scelta tra i *sui*. La formula *ceteri omnes exheredes sunto* è forse d'uso antichissimo, ma essa dimostra precisamente quanto fosse radicato l'uso di conferire a un solo col titolo di erede l'ufficio di continuare il nome e la dignità della famiglia, precisamente come la continuava il primogenito nella vecchia società feudale (1).

15. L'obbiezione più impressionante mossami dal Lenel (in una comunicazione privata sul mio primo scritto), dal Filomusi, dal Perozzi, dal Ferrini, dal Costa, è l'ammissione delle donne alla successione. Una donna investita di potere sovrano nell'antica età romana e preromana pare veramente cosa mirabile. Perchè, se si ritrovano invero comunità di

---

(1) [Anche in tempi recenti, V. Arangio Ruiz (*Le genti e la città*, pag. 61) torna a ribadire l'« assoluta prevalenza originaria della successione dell'*heres suus* e il divieto di testare in presenza di *sui heredes* ». È il consueto equivoco di ritenere ciecamente, *contro quanto è naturale nella società romana e attestato dagli esempi*, che il testamento sia fatto per designare l'estraneo. Quanto all'argomento desunto dal testo delle XII Tavole, *cui suus heres*, ecc., esso rappresenta una errata interpretazione e il richiamo della legge solonica una svista, che, debitamente emendata, converte l'argomento a mio favore. Vedi in seguito *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, n. 5, nota ultima].

famiglie slave o indiane con a capo una donna; se, contrariamente a quel che il nostro pensiero isolato dai fatti potrebbe far supporre, la donna sembra innalzarsi via via che si risale nell'età antica; se la donna greca ha una posizione più elevata nell'età omerica che nella storica, e la donna in Roma è partecipe nella vita pubblica più che nella culta Ellade, ed è appena necessario ricordare quel gioiello, il solo gioiello di Cornelio Nepote, che è la prefazione alle sue *Vite*, e l'attestazione di Vitruvio; se nella stessa antica Germania la donna campeggia sulla scena della storia più che nella Germania de' Carolingi e dopo quella specie di serrata di cui è simbolo la legge salica, tuttavia, restando nel puro terreno della storia romana, è positiva nel periodo storico l'esclusione delle donne dalla magistratura. È dessa propria della *civitas* e straniera alla famiglia fin dalle origini, o invece il diritto di succedere delle donne nella famiglia rappresenta un'innovazione storica? La pretesa legge de' Franchi Salii rimonta in realtà a una decisione degli Stati generali di Francia del 1317, e uno storico degli Stati medioevali, nel combattere gli errori su questa legge diffusi, nota che essa è tanto poco un portato delle consuetudini anteriori, che queste avrebbero indotto l'ammissione completa delle femmine: e se le donne rimasero d'ora innanzi escluse dalla Corona, continuarono a succedere tuttavia, come per l'innanzi, nei feudi.

Io sono proclive a scorgere nell'ammissione delle donne un'innovazione. Nel diritto romano le donne non sono tutrici (anzi esse sono sotto tutela): il che vuol dire, se la tutela è anch'essa un residuo della successione sovrana, che le donne non vi erano chiamate. Ma nel diritto primitivo l'impero assoluto del testamento, cioè della designazione, elimina anche al riguardo ogni discussione, esclude le norme circa la qualifica. A questo io credo si debba richiamare il difetto di qualifica notato dal Mommsen nella successione del principato, ove, come egli rileva, non mancarono nemmeno de' tentativi di elevare delle donne alla

suprema carica. Viceversa, nella Repubblica le leggi sulle qualifiche di eleggibilità procedono di pari passo con l'emergere graduale dell'interrogazione popolare — proposta di un nome o di una lista, proposta di più candidati: risposta pura e semplice, scelta tra i candidati — con lo svolgimento del principio elettorale; spuntano, insomma, come limitazioni all'arbitrio del magistrato presidente nel ricevere e respingere le candidature.

Con questo, pertanto, non si dice che le donne avessero un diritto riconosciuto: benchè la cooperazione politica assuma infinite forme e il carattere più pacifico ed economico di essa presso alcune razze o ne' gruppi più ristretti renda possibile la direzione di una donna, nondimeno scegliere una donna a succedere era probabilmente più innaturale di quel che fosse scegliere fuori del gruppo il successore. Come non di rado avviene anche nel diritto più evoluto, un istituto volontario rimedia alle lacune degli istituti legali, anzi non le fa menomamente sentire: la designazione era esercitata e doveva esser esercitata in pro del più forte e del più capace, e le Semiramidi e le Pentesilee sono appena donne.

Circa la genesi dell'innovazione, io credo, in base alle premesse, che sia stata piuttosto inconsapevole. Quando le XII Tavole, quella specie di *Magna Charta* del diritto privato, pel suo contenuto inorganico paragonabile alla *Magna Charta libertatum*, disciplinarono la successione *ex novo*, ordinando forse per la prima volta un sistema regolare di successione intestata, esse non sancirono espressamente l'esclusione delle donne, e, dato il nuovo scopo via via più emergente della successione e la vigilanza grave de' tutori, non era nè naturale nè necessario pronunziare un'assoluta incapacità a succedere. Nel costume tuttavia il testamento doveva pur sempre designare un maschio, e quando il costume s'indebolì, sopraggiunse la *lex Voconia* a limitare l'istituzione delle donne.

16. Minor valore hanno due obbiezioni, entrambe del Perozzi, desunte da regole formali, la cui confutazione

giova pure a chiarire meglio il sistema de' miei concetti. L'una di esse è l'assistenza del popolo al testamento. « Sia questo atto una legge, o si richieda l'assistenza a scopo di testimonianza, non si spiega, osserva il Perozzi, come la nomina del sovrano del gruppo debba verificarsi per una legge, o esiga alla sua solennità la presenza di tutto un popolo. La sovranità presuppone gruppi indipendenti ».

L'altro è desunto dalla *cretio*. « La necessità di forme solenni di accettazione della carica non è spiegata. Nel campo politico nulla vi corrisponde ». Il Lenel, viceversa, nega l'origine primitiva della *cretio* (1), ma la sua tesi mi sembra meno plausibile dell'opinione dominante.

Ora, poichè non sono certamente ignote le forme di sovranità subordinata — Stati feudali, tributari, vassalli, confederati — anzi la caratteristica della società primitiva consiste, a mio avviso, nella molteplicità e varietà degli organismi politici coordinati e subordinati, e poichè sia la storia del popolo romano, sia la storia di qualunque popolo offrono esempi di solenne accettazione della carica sovrana, rimane a spiegare lo spirito di queste obbiezioni, a prima vista incomprensibili.

È lo stesso spirito, a me par di scorgere, che ha dettato l'obbiezione analoga contro la mia concezione politica della famiglia.

Vi ha chi osserva che i gruppi familiari dovrebbero al più dirsi *quasi* sovrani (2), in quanto sono subordinati per i maggiori interessi all'autorità di un gruppo superiore; vi ha chi trova persino ridicolo parlare di sovranità in quei gruppi (3).

Ora l'analogia organica, in ogni campo, si deve ricercare nelle finalità e nelle leggi fondamentali della struttura, non

---

(1) *Zur Gesch. der heredis institutio*, pag. 123, negli *Essays in legal History* (*Atti del Congresso storico di Londra*, 1913, pag. 123-124).

(2) Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, pag. 6.

(3) G. De Sanctis, *Per la scienza dell'antichità*, pag. 413.

nelle apparenze esteriori, nelle dimensioni, nella corrispondenza precisa delle forme. Io parlo di « successione nella sovranità », perchè ritengo che il capo-casa primitivo succedesse in tutta l'autorità domestica del suo predecessore, e che gli elementi varî nella stessa successione storica — patrimonio, responsabilità, culto, sepolcri, patronato e simili — non siano che sopravvivenze di un più vasto complesso. Io ritengo poi che l'autorità esercitata su di un organismo, che è politico nella sua struttura anche nell'Evo storico e nelle sue stesse funzioni, per quanto oramai semidistrutte o inerti, debba nel ragionamento per la precisione de' concetti esser designata col nome di sovranità: ma nessuno mi attribuisca la caricatura di un *paterfamilias* con la spada in pugno e in testa la corona! D'altra parte veri monarchi primitivi, sul tipo di Nestore o Re Lear, probabilmente ci parrebbero, se rivivessero, più capi di famiglia o fattori di campagna che re.

17. La serie delle obbiezioni dal punto di vista psicologico più interessanti (e alcune di esse particolarmente interessanti), in quanto mostrano con evidenza come sia poco apprezzato il metodo della dimostrazione su basi organiche, è quella in cui si adduce, come *fin de non recevoir* contro la mia tesi, l'assenza di prove dirette, di notizie, di tradizioni. Tanto il metodo è disconosciuto, che ciò che dovrebbe costituire il miglior argomento — una serie coordinata di prove *indirette, certamente non precostituite* — non significa nulla di fronte ai più dubbî e fallaci elementi di prova diretta.

La prima obbiezione di tal genere è la seguente: alla morte del *paterfamilias* la famiglia si scioglie; la perpetuazione di essa sotto la direzione dell'erede, l'esistenza di un antico gruppo agnatizio unitario, non è provata (1).

---

(1) L'obbiezione è del Perozzi nelle sue *Lezioni;* essa è raccolta da V. Arangio Ruiz, *Le genti e la città*, pag. 15 e 61.

Ora certamente la mia tesi conduce a stabilire che la famiglia primitiva non si sciogliesse, almeno regolarmente, alla morte del *paterfamilias.*

Contro questo, che è il risultato, dico, della mia tesi, non si dovrebbe opporre che questo risultato non è provato, e, peggio ancora, che il diritto classico ci presenta uno stato di cose diverso, in quanto alla morte del *paterfamilias* la famiglia certamente si scinde. Il rilievo ha lo stesso valore (per ricordare un esempio celebre e trito) che avrebbe avuto di fronte all'induzione circa l'esistenza del pianeta Nettuno stabilita dall'astronomo Leverrier in base ai calcoli, l'obbiezione che egli non aveva visto col telescopio il pianeta Nettuno. Se lo avesse visto, egli non avrebbe ricorso al calcolo per stabilirne l'esistenza. Volendo trarre un esempio dai nostri studî, noi ci troviamo nella condizione di chi volesse dimostrare, ove non fosse dato risalire oltre il secolo XVIII, che il titolo di conte era nelle origini un titolo sovrano, e lo inducesse dalle prerogative via via maggiori concesse a questo titolo, risalendo indietro sino al secolo XVIII, lo inducesse dalla comparazione con gli altri titoli nobiliari più elevati che erano ancora designazioni sovrane nel nostro paese in tempi non remoti, che sono ancora tali in quella specie di museo dell'archeologia feudale, che è la Germania.

A un tale ipotetico indagatore non si potrebbe rispondere che i principati e ducati sovrani esistono, ma di contee sovrane non vi ha memoria: se ve ne fosse, la dimostrazione sarebbe inutile: il fatto si mostra, non si dimostra.

Pertanto il far di questo rilievo « un'obbiezione capitale e decisiva » significa precisamente rifiutar valore a ogni attestazione indiretta, ed esser compresi dall'idea che tutta la mia dimostrazione, appunto perchè indiretta, significhi nulla e si possa prescinderne.

Nessuno rappresenta questo punto di vista così decisamente come V. Arangio Ruiz. Dopo aver notato nella sua

prolusione (1) che la scissione della famiglia « è la più grave ragione che rende inaccettabile la mia ipotesi », egli così si esprime in una delle note-appendici, a proposito della mia tesi accolta dallo Scialoja (pag. 61): « Un sistema come quello supposto dallo Scialoja e dal Bonfante non avrebbe potuto non lasciar nella tradizione e nella struttura degli istituti una traccia profonda: e traccie non ve ne sono di nessun genere ». Qui l'Arangio Ruiz o adopera la parola struttura in un senso che non corrisponde al comune, secondo il quale essa significa il modo con cui un organismo è costituito, il complesso delle norme che governano le relazioni tra le sue parti e il suo funzionamento, non già il funzionamento e l'efficacia di esso, ovvero egli avanza un'asserzione temeraria, perchè avrebbe dovuto confutare la deduzione che si trae da tutti quanti gli elementi della composizione della famiglia e da tutti i principî della successione prima di asserire che traccie di struttura politica non ve ne ha di nessun genere.

Egli insiste nella stessa nota sulla scissione de' gruppi familiari a ogni generazione: ma il fenomeno appartiene, di nuovo, all'epoca storica, e d'altra parte, come ho rilevato, non è fenomeno raro negli organismi politici primitivi. Dire poi che i rapporti di potestà « non sono mai stati considerati come oggetto di successione, ma sempre come esplicazione immediata della capacità giuridica del cittadino *sui iuris* », è un giro di frase involuto, che racchiude più inesattezze. Di fronte alla *civitas* l'investito della potestà sui gruppi familiari è cittadino *sui iuris* ed ha piena capacità giuridica; ma ritenere che la potestà sia un'esplicazione della capacità giuridica del cittadino è precisamente invertire i termini. Meno apparente è il sofisma circa la negazione della successione pei rapporti di potestà. Sarebbe sempre un rilievo il quale non è tale da autorizzare così gravi parole, come quelle dell'Arangio, perchè concerne la fase

(1) *Le genti e la città*, pag. 17.

storica. A ben guardare, però, più esatto è il dire che la successione nella potestà si è scissa dalla *hereditas*, cioè dalla successione ne' beni, nel culto, ecc., e per vero nella famiglia classica il figlio subentra al posto del padre ed esercita l'impero che questi esercitava sui proprî discendenti, come accade in qualunque organismo politico che si spezzi.

Certamente il *paterfamilias* non può nel diritto classico designare un successore che eserciti un'autorità complessiva, di qualunque natura e di qualunque estensione essa sia, su tutta la casa, conservantesi unita; ma questa è precisamente la mia tesi pel diritto primitivo, e non si può, ripeto, addurre per argomento contro di essa che nel diritto classico non è più così.

Postilla. — Come già ho rilevato (*L'origine dell'« hereditas » e dei « legata »*, v. sopra, pag. 110, n. 1), io non sono ora molto proclive a supporre l'esistenza di uno speciale gruppo agnatizio, alla quale mi inducevano esagerati parallelismi di diritto comparato. Anch'io sconto il peccato giovanile dell'aver troppo fatto a fidanza col diritto comparato e in ispecie colla comparazione aria. Per quel che concerne l'inesistenza del gruppo agnatizio, pertanto, io sono ora quasi d'accordo coi miei critici. Ma poichè io ritengo probabile che la più vasta famiglia primitiva, cui si riferisce l'ordinamento della successione, sia la *gens*, le prove dirette dell'esistenza della *gens* non farebbero certo difetto. L'*heres* non sarebbe che il *pater gentis;* i miei critici avrebbero dovuto mutare i termini e non convertire le obbiezioni contro il gruppo agnatizio in obbiezioni contro il primitivo carattere sovrano delle *hereditas*. A ogni modo, ripeto, la mia tesi è indipendente dalla prova diretta di questo organismo primitivo e della sua costituzione.

18. Allo stesso indirizzo, che rappresenta non una confutazione, ma la ripulsione più decisa a collocarsi sul terreno della mia dimostrazione, appartiene un'osservazione

del Costa, che l'eredità storica non serba rapporti che si possano considerare come attributi della sovranità, e un'altra del Perozzi che il *suus* non eredita la *patria potestas* o che la tutela non è parte d'eredità (1).

Se non che su questo punto la cosa non è interamente vera. Traccie del carattere sovrano dell'antica funzione si conservano nello stesso contenuto classico dell'eredità. In primo luogo i debiti. Essi non costituiscono un elemento patrimoniale (2).

---

(1) [Le stesse obbiezioni, in fondo, esprime o ha in mente l'Arangio Ruiz, riassumendole nel termine non esatto della struttura. Quanto al Costa, debbo ripetere che le mie osservazioni non concernono la fase odierna del suo pensiero, in cui per lo meno ogni dubbiezza circa la natura della mia tesi è scomparsa, ogni equivoco è dissipato].

(2) L'analisi della *successio* e dell'*universitas* negli ultimi miei studî, rende chiaro il mutamento di concezione intervenuto nel diritto giustinianeo.

Il problema de' debiti si è affacciato anche ad altri indagatori, poichè è visibile che nello stesso diritto giustinianeo, fuori dell'eredità, essi non sono un elemento del patrimonio; per quanto Giustiniano abbia tentato di costruire una nozione più larga del patrimonio in forma generale.

Ciò posto, la tendenza costante è di ritenere i debiti e anche i crediti un'aggiunta posteriore. Due degli scrittori che prima hanno preso questa via sono il Cuq, *Recherches hist. sur le test. per aes et libram*, in *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, 1886, pag. 533-586, e l'Hölder, *Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechts*, II, pag. 20-43. Il Cuq, non scorgendo anch'egli che patrimonio, secondo le idee correnti, stima l'eredità romana una costruzione artificiosa troppo, un'astrazione inconcepibile per le menti primitive, e quindi asserisce che l'eredità non era altro in origine che « la collezione delle cose corporali già pertinenti al defunto: essa non ricomprendeva nè debiti nè crediti (pag. 542) »: e prova questo assunto precisamente col dimostrare che le obbligazioni non avevano nell'antica età romana carattere patrimoniale!

Secondo l'Hölder il *suus* è responsabile de' debiti, perchè la potestà del creditore sulla *familia*, che è accessione della esistenza personale del debitore, perdura anche dopo morte come podestà sul residuo della medesima esistenza personale, cioè sulle persone che eran soggette al defunto, e in difetto sulle cose. Quanto all'erede per testamento (l'Hölder, conforme all'opinione antiromana dominante, ritiene che la successione testamentaria siasi sviluppata posteriormente, modellandosi sulla *domestica hereditas*) egli vi è tenuto, perchè col testamento viene a esser sottratta ai creditori la potestà sul patri-

In secondo luogo i *sacra* (1).

monio del defunto, e quindi è giusto che per compensarli della perdita e dell'espropriazione (*sic!*) che essi vengono a subire, all'acquisto del patrimonio per parte dell'erede vada congiunta la responsabilità pei debiti.

Si vede che per l'Hölder, come per la comune degli scrittori, il concetto patrimoniale dell'obbligazione e il concetto più moderno che il patrimonio del debitore è la garentia de' suoi creditori dev'essere antico, gridi pur la storia il contrario, quanto Adamo ed Eva. E, dato che il patrimonio del defunto fosse la garentia de' suoi creditori, agli stessi scrittori sembra perfettamente logico che l'erede venisse obbligato a pagare i debiti del proprio, anche oltre quel patrimonio: l'abito di ragionare in un modo prefisso non fa più scorgere l'assurdo di una simile colleganza.

(1) Il Perozzi considera anche l'onere de' *sacra* come elemento nuovo, addossato dai pontefici all'erede e non propriamente inerente all'eredità. Ecco come egli esprime la sua tesi: « Il congiungimento dei *sacra* con l'eredità fu opera de' pontefici: *nam sacra cum pecunia pontificum auctoritate nulla lege coniuncta sunt*, Cic., *De leg.*, II, 52. Siccome i figli che non ricevevano patrimonio dal padre o lo ricevevano insufficiente o sovraccarico di legati trascuravano di coltivare i *sacra*, i pontefici emanarono due successivi editti in cui sancivano il principio che i *sacra* di una persona *iis essent adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit* (Cic., *ibid.*, 48). Fra le persone a cui perviene la *pecunia* i pontefici misero in primo luogo gli eredi. Ciò significa che nell'eredità è solo la *pecunia* e che i *sacra* sono *adiuncta* a essa; nè monta che Cicerone giustifichi questa speciale disposizione con una ragione morale ben difficile a tradurre in un concetto giuridico, scrivendo: *nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigrarit, propius accedat.* Come onere nuovo e anormale dell'eredità i *sacra* costituiscono una *obligatio* sacrale e non legale (ricordo il *nulla lege* di Cic., loc. cit.) che sorge quando si diviene eredi e non si riceve dal defunto. Che Cicerone e Festo, due non giuristi, parlino di *hereditas* o di un *heres sacrorum* non osta. Il termine è usato metaforicamente nel senso in cui noi diciamo che si eredita dal defunto la riputazione o un morbo. Appunto Cicerone, *De domo*, 11, 24, accosta all'*hereditas sacrorum* quella *nominis*, nè certo il nome si eredita. I giuristi, invece, che pensano e scrivono giuridicamente, una *hereditas sacrorum* la ignorano » (Perozzi, *Ist.*, II, pag. 352-353, n. 2). L'idea del Perozzi non è nuova. Essa appartiene alla serie di quegli sforzi con cui si tentò lungamente di rendersi ragione di questo elemento così strano dell'eredità. La maggior parte degli scrittori per vero non negano la connessione coll'eredità; ma se ne sbrigano con disinvoltura. L'Huschke, l'Hölder, il Windscheid, l'Accarias, il Lenel, e in genere i romanisti stranieri, mascherano i *sacra* sotto la veste patrimoniale: essi rappresentano debiti del defunto verso gli Dei. Così

In terzo luogo la tutela de' sepolcri, cioè il *ius sepulchri*, elemento pur esso estrapatrimoniale nel diritto antico. In

dissimulando sotto questa veste meschina una grave funzione comune a tutti gli organismi politici dell'Evo antico, si rinuncia volontariamente a uno de' tanti mezzi per cui giungere alla concezione vera della famiglia e dell'eredità primitiva. Altri però, come il MAYNZ, fanno precisamente il discorso del PEROZZI: sono i pontefici che hanno operato questa strana connessione de' *sacra cum pecunia:* CICERONE lo afferma. In realtà qui vi ha un equivoco. CICERONE dichiara che, affinche i *sacra* non perissero, i pontefici ne hanno addossato il carico, *all'infuori dell'eredità*, a chiunque faccia un lucro sul patrimonio del defunto, e hanno allargato in successivi editti le categorie per colpire il maggior numero di persone: legatari, donatari, persone che avessero usucapito le cose ereditarie, creditori che fossero riusciti a soddisfarsi sul patrimonio del defunto, debitori liberati per il fatto che non vi è erede cui pagare (v. sopra pag. 117, n. 1, nello studio *L'origine dell'hereditas*, e pag. 182 e 183, n. 2, nello studio *Il concetto dell'eredità*, ecc.).

Con questo, peraltro, la posizione dell'erede non è tocca, anzi essa è l'unica posizione *legale*, non *pontificale: heredum causa iustissima est*, dice lo stesso CICERONE (*De leg.*, II, 19, 48), procedendo a giustificare questa responsabilità con la *persona*, non già con la *pecunia*; e come nella partizione citata di Scevola, così nell'Editto degli antichi pontefici l'*hereditas* è sempre staccata dalla *pecunia* (*aut* hereditate *aut* si maiorem partem pecuniae capiat: *De leg.*, II, 20, 49).

Conviene adunque distinguere: per coloro ai quali i *sacra* sono stati addossati in base alla *pecunia*, diremo col PEROZZI trattarsi di un obbligo sacrale (meglio, sacro o religioso: il PEROZZI scrive in buon italiano e poichè noi abbiamo non una, ma due parole, non giova ricorrere ad una formazione tedesca, necessaria in una lingua, come la tedesca, che non possiede equivalenti di sacro o di religioso) di fonte *pontificale:* per gli eredi si tratta precisamente di un obbligo inerente alla *persona* e stabilito *dal diritto civile.*

Nè CICERONE, nè FESTO, o, meglio, VERRIO FLACCO, nè, aggiungiamo, PLAUTO (*Capt.*, 775, *Trin.*, 484) sono così ignoranti di diritto come il PEROZZI li vorrebbe fare: gli potremmo concedere soltanto LIVIO (45, 40, 7) e VOPISCO (*Vita Aurel.*, 14, 6), ch'egli non ricorda.

Ad ogni modo *heres sacrorum* rappresenta, a quel che sembra, il linguaggio d'uso, e *hereditas sine sacris* è persino passato in proverbio e motteggio.

Finalmente GAIO è giurista ed egli sa che un tempo (*illis temporibus, apud veteres*: GAII, 2, 55) grandissima era la cura che le eredità fossero adite, *ut essent qui sacra facerent.* Precisamente ora che ritrovare elementi estrapatrimoniali nell'eredità non deve far scrupolo, il tema de' *sacra* meriterebbe di esser riesaminato. Pel nostro scopo basta il fin qui detto.

antico il sepolcro è una *res religiosa* di pertinenza de' mani del defunto (1).

Quasi obliterata, ma non interamente irriconoscibile, è l'aderenza all'eredità di altri elementi estrapatrimoniali, in epoca storica o alterati o svaniti o staccati dall'*hereditas:* la tutela, il patronato e le opere de' liberti, la clientela, l'amicizia e il *ius hospitii.* Della tutela in epoca storica è visibile non più l'inerenza, ma ben la relazione con l'eredità; è soltanto l'istituzione della tutela dativa che ha infranto anche questa relazione. Che in epoca anteriore alle XII Tavole si trattasse di vera inerenza all'eredità, da cui la tutela non poteva essere staccata nemmeno dal testatore, io già lo ritenni, e mi sembra tuttavia che si possa arguire

---

(1) Anche l'inerenza del *ius sepulchri* al contenuto dell'*hereditas* è stata negata dal Perozzi. La crisi del *ius sepulchri* nell'epoca de' giureconsulti, le interpolazioni operate da Giustiniano, gli dànno agio di interpretare a suo favore quanto vi ha di oscuro nel tema. Forse a lume de' nostri concetti si riesce precisamente a stabilire la vera posizione delle cose e il vero senso delle alterazioni giustinianee, che hanno fornito oggetto di studî da parte del Mitteis (*Privatrecht*, I, pag. 103, nota 22), e da parte di un mio valente discepolo, l'Albertario (vedi specialmente i due studî più inerenti alla questione presente, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, in *Filangieri*, 1910, e *Il contenuto del « ius sepulchri »*, ne' *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, vol. XLIII, 1910, pag. 533).

Il Perozzi (*Ist.*, II, pag. 352, nota 1), partendo dalla distinzione in sepolcri familiari ed ereditari, ritiene che la qualità di *heres* sia rispetto al sepolcro ereditario « il titolo per godere della fondazione » e soggiunge: « Tanto è estraneo all'eredità il *ius sepulchri* che l'agire l'erede *sepulchri violati* non vale per un immischiarsi nell'eredità. La sentenza s'ispira evidentemente alla considerazione che l'erede si diporta bensì agendo così come erede, ma non rispetto all'eredità; egli fa valere un diritto congiunto con l'eredità e non un diritto ereditario. Codesta opinione sull'ereditarietà de' *iura sepulchrorum* nel senso che trapassino come elementi ereditari dal defunto nell'erede, ci par quindi frutto nient'altro che di una confusione dell'ereditarietà del sepolcro con la sua appartenenza all'eredità ».

Ora che l'agire *sepulchri violati* non importi l'immischiarsi nella eredità è logico, poichè l'azione è *popularis*, e si sa d'altra parte quanto il giureconsulto sia scrupoloso, perchè non si abbia a interpretare come *gestio pro herede* ogni atto compiuto *pietatis causa* in

dal carattere derogatorio che rivestono le disposizioni decemvirali e dal significato dell'*uti legassit*, ecc.

Anche il vincolo del diritto di patronato e delle opere de' liberti con l'eredità è nel diritto classico quasi svanito: questi rapporti sono riservati alla famiglia, cioè ai discendenti *filiifamilias* del defunto, ed è escluso l'erede estraneo. Tuttavia la connessione coll'eredità non è interamente distrutta: ancora nell'epoca de' Severi i *filiifamilias* ne sono esclusi, se diseredati, mentre succede il figlio dato in adozione, quando venga istituito erede: si disputa finalmente se tra più figli istituiti eredi a parti non eguali la divisione delle opere debba aver luogo in parti eguali o in quote ereditarie.

---

relazione al defunto. Piuttosto la tesi del Perozzi parrebbe aver una certa aria di verosimiglianza in base alla distinzione de' sepolcri familiari ed ereditari, e al fatto che per la prima volta Giustiniano ha operato una miscela, e, si potrebbe dire, una confusione che annienta questa distinzione, ammettendo l'erede ne' sepolcri familiari e viceversa per lo meno i figli, anche non eredi, ne' sepolcri ereditari. Ma in realtà la comparsa di quelle distinzioni rappresenta una tarda innovazione, spuntata col rendersi frequente (probabilmente per la diffusione dell'orbità) l'istituzione di estranei, e consacrata dall'uso di escludere espressamente alcuni sepolcri dall'eredità, riservandoli alla famiglia con la clausola: *hoc monumentum heredem* (oppure *heredem exterum*) *non sequetur*. Non si è pertanto sancita per la prima volta la pertinenza all'eredità, ma piuttosto l'esclusione dall'eredità.

Se poi a Giustiniano è piaciuto di operare di nuovo la fusione, questo è solo in apparenza un ritorno all'antico. Nella realtà sono idee nuove che agiscono e la posizione delle cose è tanto diversa dall'antica, che si potrebbe dire opposta. Per quanto grande sia nell'êra cristiana la venerazione della sepoltura, questa non è più la dimora e la proprietà de' Mani del defunto, nè il concetto della *res religiosa* ha più il senso antico. Il *ius sepulchri*, pertanto, è oramai, come i debiti e più a buon dritto che i debiti, un elemento *patrimoniale*, e ha più importanza pel diritto di seppellimento che non per le cerimonie di culto, che nel senso antico si possono dire scomparse.

Al contrario pertanto di quel che ritiene il Perozzi, i sepolcri sono tanto nel diritto classico, quanto nel diritto giustinianeo, elementi dell'*hereditas*, non fondazioni annesse: nel diritto classico elementi estrapatrimoniali, nel diritto giustinianeo elementi patrimoniali. Questo in ultima analisi è il risultato degli studî dell'Albertario.

Giustiniano ha turbato tutta questa materia distinguendo le opere in *officiales* e *fabriles* e accordando all'erede il diritto alle *operae fabriles, ceteraeque quae quasi in pecuniae praestatione consistunt.* Evidentemente, per quanto disputata sia ne' particolari questa riforma, il pensiero è quello che ha dettato la parallela riforma in ordine ai sepolcri: in una certa misura almeno, le opere de' liberti sono concepite ormai come elementi patrimoniali, come parte di quella famigerata *universitas* e nella stessa misura di nuovo rese trasmissibili anche all'erede estraneo (1).

Nulla possiamo dire circa la relazione dell'amicizia e del *ius hospitii*, della clientela, e in generale di tutto il complesso de' rapporti semiinternazionali della famiglia antica con l'eredità. Ma l'intima relazione dell'*hospitium* col culto familiare, del patronato con la clientela, non sembra che possa permettere di esprimere un avviso diverso. Ricordiamo finalmente che l'erede ancora nel diritto classico è tenuto a esercitare la vendetta del defunto, cioè oramai a perseguire giudizialmente i colpevoli.

Traccie di attributi sovrani pertanto l'eredità storica ne serba: anzi ne serba per avventura in tal numero, che questi attributi stessi, messi insieme ed esercitati con quel vigore e con quel carattere che essi hanno ancora nell'età primitiva, in cui le responsabilità di un gruppo e del suo capo acquistano un'impronta quasi internazionale; in cui le cerimonie, il culto familiare e la tutela de' sepolcri costituiscono quasi l'*unica* religione; in cui la tutela è una vera potestà sulle persone e sul patrimonio delle donne e de' pupilli, la condizione de' liberti è semiservile e il patronato implica il *ius vitae et necis;* in cui l'amicizia, l'*hospitium*, la clientela rappresentano istituzioni vivaci e poderose, questi attributi, dico, ricostruiscono per avventura di per sè la figura di una sovranità. Se noi ci rappresentiamo infatti al

(1) Cfr. ALBERTARIO, *Il diritto dell'erede estraneo alle opere de' liberti*, in *Filangieri*, 1910 (anche in ted., Heidelberg 1910).

vivo l'immagine di un erede che divenga come il *pater* di una gente e sia come tale investito di tali poteri e di tali funzioni, quali anche dall'esame diretto ci risultano, come possiamo noi riassumere la somma delle funzioni e dei poteri esercitati sopra un organismo che ha struttura politica, se non con l'epiteto di « sovranità »?

19. Nondimeno le sopravvivenze dell'antica funzione, per quanto appariscenti, come i ruderi di un antico monumento, per quanto suggestive nella loro graduale involuzione, che, seguìta a ritroso, permette di riandare con l'intelletto ad un'epoca nella quale gli elementi singoli ci si presentano pieni di vigore e di vita, soddisfano meno la mia logica, data la simpatia che io nutro per lo studio organico del diritto, che non la contemplazione degli elementi di struttura, che non il rilevare come la *successio* nella sua essenza romana, come ciascuno degli elementi fondamentali di struttura della *hereditas* si conservi pur sempre coerente a quella antica funzione e inerente ad ogni trapasso pubblico di sovranità.

Con insistenza persino eccessiva io l'ho ripetuto: l'eredità sovrana è un'istituzione prestatuale; lo Stato romano doveva fino dai primordî annientarla, e lo ha fatto. E per vero, se anche nell'epoca dei giureconsulti l'erede subentra in elementi che non sono patrimonio, perchè gli stessi debiti non sono *bona*, tuttavia nessun giureconsulto romano ha mai pensato che questi elementi costituiscano sopravvivenze di un'antica essenza sovrana. Il contenuto dell'eredità sino dai più antichi tempi storici è essenzialmente patrimoniale.

Ciò posto, alcune obbiezioni, le quali tendono a porre in luce più cruda il carattere patrimoniale, come il rilevare che la *legis actio sacramento* presuppone già idea patrimoniale, che le *actiones vindictam spirantes* si estinguono (Perozzi), non possono che avere il valore di giusti richiami ai limiti nel tempo.

Simili indizî potrebbero agevolmente moltiplicarsi. Non solo in tutta la letteratura classica (basta a questo proposito richiamare la poesia di Orazio) l'erede è sempre concepito come un acquirente patrimoniale, ma nella definizione che Cicerone porge dell'eredità nel senso obbiettivo essa è intesa unicamente come un patrimonio (1).

Alcuni peraltro dei rilievi di tal natura fatti dal Perozzi sono dubbî. Che *familia*, *pecunia*, designanti l'oggetto del diritto ereditario, sieno termini esprimenti idea patrimoniale, non è certo se non pel diritto storico; nelle origini molto probabilmente *familia* doveva avere un significato più vasto che non quello di patrimonio o servitù e corrispondere anche come oggetto dell'eredità al significato che serba ancora fuori di essa: il gruppo governato dal *paterfamilias*.

Che l'*usucapio pro herede* contrasti con altra idea che non sia la patrimoniale, non può nemmeno esser asserito con piena sicurezza. In nessun campo forse come nel diritto pubblico e nella sovranità il fatto si tramuta col tempo in diritto, e nel diritto familiare stesso, con l'*usus* si acquista pure la *manus* sulla donna (2).

Lo stesso è pure a dire dell'obbiezione, egualmente del Perozzi, che, ammessa l'eredità sovrana, noi dovremmo trovare una successione anche in altri casi di cessazione del potere sovrano, come la prigionìa di guerra e la riduzione in istato di schiavitù, ad esempio per debiti.

Sui beni del cittadino ridotto schiavo ha luogo anche nel diritto classico una successione *inter vivos*, e lo stesso doveva accadere rispetto ai debitori venduti schiavi o ridotti

(1) Cic., *Top.*, 6, 29. È notevole però come le definizioni giuridiche di Cicerone pecchino in genere per darci una delimitazione tutta estrinseca delle istituzioni organiche dell'antico diritto.

(2) Nell'ultima fase, in cui ritirava tacitamente le sue obbiezioni alla mia tesi, il Ferrini è esplicito in quest'ordine d'idee: l'*usucapio pro herede* è acquisto di sovranità domestica (*Cont.* Glück, l. XXXVII-XXXVIII, p. I, pag. 360).

in causa mancipii (1). Sui beni del prigioniero di guerra non si attua la successione a cagione del *ius postliminii*, per cui tutto resta in sospeso: e così doveva essere anche nell'epoca primitiva (2). Forse anche il *ius postliminii* si spiega più col concetto sovrano che col concetto patrimoniale: Francesco I prigioniero a Pavia non è più un sovrano, ma non gli si nomina un successore: Luisa di Savoia tiene la reggenza.

20. Vi ha da ultimo un'obbiezione del Perozzi che sembra nella forma (ma io non posso dar valore alla forma in un corso di lezioni) contraddittoria con le sue precedenti: « Non è possibile che l'*idea di sovranità durasse* mentre si estingueva il gruppo agnatizio. Roma, quando scioglie la unità politica, non mantiene in nessun caso il potere esistente prima su quella unità politica ». Questa obbiezione è da intendere nel senso che l'*heres* non potesse durare in niun modo quando cessava di essere sovrano; perchè, quanto al carattere sovrano in epoca storica il Perozzi lo nega ed io gli dò ragione.

Ma intesa in questi termini l'obbiezione stessa condurrebbe a negare che un istituto possa esser adibito a nuove finalità e sopravvivere col suo nome, coi suoi vieti caratteri, in questa nuova finalità, che d'ordinario è un elemento dell'antica. Negare questo è impossibile. L'esempio stesso scelto dal Perozzi va a capello alla mia tesi. Dove ne abbiamo traccia Roma mantiene sempre nelle comunità che scioglie gli organi stessi, precisamente in funzioni più limitate, ma coi

---

(1) In questo ordine d'idee è ora anche il Perozzi, *Istituzioni*, II, pag. 44-45, nota 2; sicchè anche questa obbiezione si deve considerare ritirata. Peraltro egli sembra ammettere una successione *mortis causa* a favore dei figli. Il vero è che il *nexus* doveva esser regolarmente un *filiusfamilias*: sicchè non c'è da parlare nè di successione *inter vivos*, nè di successione *mortis causa*.

(2) Di nuovo anche questa obbiezione si può considerare ritirata (Perozzi, l. c.).

nomi stessi: i pretori, i dittatori, i *medices* dei municipî sono gli antichi pretori, dittatori, *medices* degli Stati un tempo indipendenti. Persino nelle vecchie confederazioni, politicamente e militarmente distrutte, Roma conserva sempre i magistrati supremi, coi nomi stessi, ma limitati oramai alle mere funzioni sacre (1).

21. Ho considerato in ordine logico tutte le obbiezioni che mi sono state opposte, salvo quelle desunte dal diritto comparato, cui ho consacrato studî speciali. Credo di esser riuscito a corroborare la mia tesi, illustrandola meglio sotto alcuni aspetti che le tendenze del mio spirito mi avevano indotto a lasciar nell'ombra. Ma non ho finito, perchè debbo io stesso propormi alcune obbiezioni, le quali ammettono risposte meno trionfali, per quanto non siano di tal natura da scuotere una tesi che ha, a mio avviso, basi così ampie e così solide.

L'una è la seguente, adombrata anche dal Costa, nell'ultima edizione della sua Storia (2): che sia lecito istituire nel testamento uno schiavo proprio, dichiarandolo in pari tempo libero, può ritenersi logico; ma come si può ammettere nella primitiva funzione dell'eredità l'istituzione di uno schiavo altrui? A dire il vero, anche dal punto di vista patrimoniale l'istituzione di uno schiavo non è la cosa più

---

(1) Dal punto di vista psicologico noto un equivoco, che è dal punto di vista logico insignificante. È stato rilevato come un mio « argomento fondamentale », il senso etimologico di *heres* equivalente a *dominus*, obbiettando però che l'etimologia è troppo incerta per trarne argomento. Un simile argomento io non l'ho menomamente accennato nei miei studî, e la ragione non è soltanto l'incertezza dell'etimologia, ma il fatto che l'etimologia, anche se esatta, è per un'infinità di ragioni, logiche e cronologiche, un indizio estremamente fallace. Quisquilie siffatte hanno anche un'influenza dannosa, in quanto deviano l'indagine degli elementi di struttura degli istituti e hanno l'apparenza di fornire argomenti per tesi che sono in aperto contrasto con l'organismo delle istituzioni.

(2) Costa, *Storia del diritto romano*, 1911, pag. 463.

naturale. Io non credo tuttavia possibile di concepire altrimenti questa singolarità che come una modificazione storica dell'istituto.

Come più volte ho ripetuto, il testamento era nelle origini esclusivamente quello che normalmente si conserva anche nel diritto classico: la designazione di uno tra i *sui*. L'istituzione di una donna, l'istituzione di un estraneo sono innovazioni spontanee, perchè nessun divieto espresso vi si opponeva: ora l'istituzione di uno schiavo altrui non è che una forma di istituzione di un estraneo, dato che l'eredità è attribuita al padrone, e il suo addentellato dovette esser fornito dall'istituzione dello schiavo proprio. In ultima analisi però, sieno schiavi proprî o schiavi altrui, se si considerano i motivi di simili istituzioni (insolvenza del defunto e desiderio di sfuggire all'ignominia *post mortem*, ragioni pratiche di vario genere, ma tutte commerciali), tanto l'una, quanto l'altra hanno sapore piuttosto moderno e sono ben lungi dal rispecchiare condizioni primitive.

Un'altra più vasta difficoltà si manifesta in un campo che è pure uno dei saldi appoggi della teoria. Nel diritto romano le obbligazioni *ex delicto* e le azioni penali non trapassano contro gli eredi. Ma se è vera, come pare, l'induzione che riporta l'origine delle obbligazioni al delitto, e riassume nel concetto della vendetta e della pena il primitivo diritto delle obbligazioni, se si può asserire che anche qui abbiamo una conversione di funzioni per la quale il fine commerciale si è sovrapposto a un fine originariamente penale, noi verremmo al risultato che nelle origini le obbligazioni passive, i debiti, non trapassavano punto agli eredi.

Se non che le cose non sono precisamente in questi termini.

Già si potrebbe, a dire il vero, nutrire serî dubbî se la intrasmissibilità dell'azione penale sia originaria. Ulpiano e Paolo si esprimono in guisa da far presumere un'origine positiva e storica dell'intrasmissibilità: *civilis constitutio est*,

dice il primo (1), *commenticio iure receptum est*, dice il secondo (2). D'altra parte, collocandosi nell'età primitiva, in cui la responsabilità grava su tutto il gruppo, al quale il colpevole appartiene, l'estinzione della responsabilità per morte del colpevole sembra strana e contraria a tutti i dati del diritto comparato. Invece è nell'epoca civile che la responsabilità dei congiunti e degli eredi sembra ripugnante, e per vero al nostro senso etico non fa davvero meraviglia che la *poena* non trapassi negli eredi.

L'esclusione della responsabilità del gruppo e degli eredi si opera spontaneamente nell'assunzione di un dato delitto da parte dello Stato. E non è improbabile che questa concezione del delitto pubblico abbia reagito anche sul delitto privato. Per vero le dichiarazioni di Paolo sono bensì generali, ma si attagliano più ai delitti pubblici che ai delitti privati: se non che il testo è forse interpolato.

Tuttavia, esaminando lo stato delle cose, si scorge come l'intrasmissibilità sotto un certo aspetto possa anche esser primitiva, e l'evoluzione non ha fatto probabilmente che alterare l'aspetto vero delle cose.

Nelle obbligazioni primitive si distingue tra debito e obbligazione, i due lati dell'obbligazione che si sogliono designare coi termini tedeschi *Schuld* e *Haftung:* uso giustificato per esser stati i Tedeschi i primi che hanno rilevato il fenomeno, e inoltre è sempre più chiaro e bello parlare in lingua tedesca che in quel gergo italo-tedesco, che si diffonde nella scienza. Debitore è sempre il gruppo e in sua rappresentanza il capo di esso: obbligato è colui che si rende responsabile con la sua persona fisica, col suo *corpus*, per l'adempimento del debito: la persona soggetta, abbandonata in servaggio o in ostaggio presso il creditore. In diritto romano debitore era il *paterfamilias*, *obligatus* (*obnoxius*, *nexus*) era d'ordinario il *filiusfamilias*, il quale o

(1) Ulp., L. 1 pr., D. *de priv. del.*, 47, 1.
(2) Paul., L. 20, D. *de poen.*, 48, 19.

veniva *noxae deditus* per un delitto, o consegnato come *nexus* per un debito del *paterfamilias*. L'obbligazione in questo senso limitato e primitivo non può passare agli eredi, perchè è uno stato di fatto, e perchè, inoltre, chi è *obligatus* non è erede: anche se era *paterfamilias*, al destino del suo patrimonio o dei suoi diritti in generale si doveva provvedere in origine nei modi stessi, con cui si provvedeva al patrimonio o ai diritti del prigioniero di guerra. Il debito invece passa agli eredi, e in qualunque momento esso venga soddisfatto, o da chi lo ha assunto, o dal suo erede, l'obbligato è *liberatus*, *solutus*.

Con la fusione dei due momenti, con l'abolizione dell'obbligazione nel senso primitivo, ossia con l'introduzione del principio sancito dalla *Lex Poetelia* « pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium (obligatum) esse » la nuova obbligazione avrebbe potuto trapassare agli eredi; ma se ciò si avverò nelle obbligazioni contrattuali, cioè nell'antico *nexum*, cui si riferiva la *Lex Poetelia*, perchè qui l'idea del debito prevalse, non si verifica nell'obbligazione *ex delicto* in cui si mantenne più a lungo l'idea dell'obbligazione, come dimostra la sopravvivente *noxae deditio* dei *filiifamilias* e il fatto che la *Lex Poetelia* escludeva precisamente dal beneficio la *noxa*, cioè il *delictum* (*nisi qui noxam meruisset*).

Un'ultima difficoltà. Il linguaggio delle fonti giuridiche e letterarie da me esaminato diligentemente non offre oscillazioni: *successio* fuori del *corpus iuris* significa sempre la cosiddetta successione universale o la successione alle cariche; *hereditas*, così l'eredità legittima come la testamentaria. Non può far impressione il vedere designata l'imposta augustea col nome di *vicesima successionum* o *vicesima hereditatum*, perchè i legati sono evidentemente un accessorio. Qualche scrittore ha voluto scorgere nel linguaggio di Cicerone e di Cesare traccie di un uso dell'*hereditas* in relazione all'*hereditas* legittima: si tratta di meri abbagli. Il Mitteis (1) ne conviene per Cicerone, e una lettura completa della lette-

(1) *Privatrecht*, pag. 104, nota 27.

ratura latina nei varî periodi mi permette di escluderlo per ogni altro scrittore.

Vi ha tuttavia un testo di notevole importanza, per essere un testo abbastanza antico e legislativo, il quale sembra offrire questa terminologia, ed è la famosa *Lex agraria* dell'anno 111 a. C. alla linea 23, così concepita: « quoive ab eo heredive eius is ager locus *testamento hereditati deditionive* obvenit ». Sembra a prima vista certo che i due primi termini si debbano interpretare nel senso di eredità testamentaria e di eredità intestata rispettivamente. Controverso è tra gli scrittori soltanto il terzo membro, la *deditio*. Il Mommsen (1) lo riferisce alla donazione *mortis causa* e ai legati. Il Mitteis (2), seguendo il Weber, lo intende nel senso di arrogazione.

Se non che l'interpretazione dominante del testo a me sembra inaccettabile.

Dobbiamo rilevare che in questo primo inciso che noi consideriamo, il testo accenna a tutte le cause gratuite di acquisto e nel successivo alle cause onerose, cioè alla compra-vendita; dobbiamo adunque, nel membro che noi consideriamo, trovare significata l'eredità, sia legittima, sia testamentaria, il legato, la donazione comune e *mortis causa*. Ora l'ultima causa può ben ritenersi formulata nel modo più adeguato col termine *deditio*, che nel linguaggio arcaico equivale a *datio* o *donatio*. L'eredità legittima e testamentaria dovrebbe esser conforme all'uso costante della latinità significata dall'unico termine *hereditas*. L'acquisto *testamento* sarebbe in tal caso l'acquisto per legato. Un simil uso non è estraneo nè ai giuristi nè ai classici. Il testo stesso famoso di Cicerone (*Top.*, VI, 29), mentre ricomprende sotto il termine *hereditas* così l'eredità testamentaria, come l'intestata, designa la *pecunia*, che perviene per legato, con la frase *legata testamento*. Così pure in un testo di Petronio

(1) C. I. L. l. I, pag. 93.
(2) *Privatrecht*, 104, nota 27.

Arbitro la schiavo acquistato per legato si designa come *testamento relictus* (1). Credo che la mia interpretazione sia la più plausibile.

In qualunque modo da questo testo oscuro nulla si può dedurre, e lo stesso Lenel, nell'ultimo suo scritto sull'origine dell'*institutio heredis*, non ha creduto di doversene valere. La teoria dell'origine dell'*hereditas* dalla successione sovrana rimane salda anche contro le mie personali obbiezioni.

---

(1) Petronii, *Sat.*, cap. 47, 12. — Al legato si deve anche riferire la stessa espressione nel testo seguente di Quint., *Inst. or.*, V, 10, 67: « Hic servus, quem tibi vindicas, aut *verna* tuus est aut *emptus* aut *donatus* aut *testamento relictus* aut *ex hoste captus* aut *alienus* ». Poichè la classificazione per ragioni retoriche dev'essere esauriente (su ciò insiste vivamente il grande maestro, soggiungendo pure che altrimenti *cum risu tota res solvitur*), e poichè l'*hereditas* manca, questa deve intendersi riassorbita ne' veri titoli di acquisto, in quanto l'*hereditas*, sia testamentaria, sia intestata, non è acquisto, ma *successio*. E in tal caso *testamento relictus*, che non può alludere all'eredità testamentaria (sarebbe assurdo, oltre al resto, che fosse indicata questa sola), non può riferirsi che al legato, il quale è invece pei Romani acquisto e non *successio*.

VIII.

La " successio in universum ius „ e l'" universitas „ (1).

Sommario: 1. Richiamo dei precedenti studî sull'eredità e connessione col presente studio. — 2. La terminologia normale della successione ereditaria nelle fonti romane: *successio*, *successio in locum*, *successio in ius*, *successio in locum et in ius* (*defuncti*, *demortui*). — 3. Terminologia secondaria e rara: *successio per universitatem*, *in universum ius* o *in omne ius*. I testi relativi sono interpolati. Esame delle fonti e analisi critica generale di questa terminologia. — 4. L'*universitas* con valore di unità organica e in particolare nel senso di patrimonio è parola giustinianea e ne' testi delle *Pandette* interpolata. — 5. Analisi storico-dommatica. Il momento significativo nel diritto classico è la *successio*, nel diritto giustinianeo è l'*universitas* (interpolata). Esame del concetto classico e genuino della *successio*. — 6. L'oggetto della *successio* ereditaria nel diritto classico trascende ancora i *bona:* ma la formula *successio in ius* o *in locum*, non significa l'oggetto, bensì l'identità della situazione giuridica. Analisi del concetto romano di patrimonio: i *bona* non comprendono i debiti; l'erede è tenuto pe' debiti, perchè *succedit*, non perchè acquista i *bona*. — 7. L'oggetto della successione nel diritto giustinianeo è costituito dall'*universum ius*, così che s'intende il patrimonio in un senso speciale, una unità organica che comprende anche i debiti. I Bizantini hanno ricompreso i debiti (nonchè i sepolcri) ne' *bona*, creando all'uopo la nozione dell'*universitas*, colla quale hanno preteso anche di spiegare le varie particolarità della situazione dell'*heres*. — 8. Giudizio generale dell'opera di Giustiniano. — Postilla.

1. Il Maine per il primo trasportò il centro del diritto nella società primitiva dall'individuo alla famiglia. Vittorio Scialoja, il Maestro onorato, enunciò ed io svolsi il concetto della famiglia romana « organismo politico naturale »

(1) Estratto dagli *Studî in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, vol. I, pag. 531 e seguenti.

oramai generalmente accettato nella scuola italiana (Fadda, Perozzi, Pacchioni, Costa, Lusignani, ecc.). Non altro che un'applicazione di questo pensiero è l'origine dell'eredità romana dalla primitiva successione nella sovranità familiare. La dimostrazione di questa genesi dell'eredità fu da me perseguita sovrattutto in due studî (1) sulla base precipua della struttura dell'eredità, ossia del complesso dei principî organici singolarissimi dell'eredità romana — l'incompatibilità delle due delazioni, legittima e testamentaria, la necessità dell'istituzione d'erede nel testamento e l'insufficienza dell'assegnazione patrimoniale, l'antitesi dell'istituzione di erede e del legato e l'istituto del prelegato, il diritto di accrescimento ereditario, e così via via — onde l'esame mi aperse anche l'adito a costruire un nuovo concetto dommatico dell'eredità romana: l'acquisto del titolo di erede, dal quale consegue il subentrare nella posizione giuridica del defunto. Circa la cosiddetta *successio per universitatem*, che si attua tanto nell'eredità, quanto negli istituti similari, io non rilevai nei miei precedenti studî sul tema se non che il succedere nelle obbligazioni *ultra vires*, nel culto familiare, nella buona o mala fede erano elementi altrettanto ripugnanti alla patrimonialità, quanto consentanei alla successione sovrana.

Questo concetto della *successio* io mi propongo di riesaminare ora di proposito, ossia di fare oggetto del presente studio la tradizionale *successio per universitatem* o *in universum ius*, per indurne la diversa natura di quel subentrare nella posizione giuridica di un defunto (o di un vivo per le successioni *inter vivos*) nel diritto classico e nel diritto giustinianeo. Vedrà da sè il lettore, e tenterò io stesso di illustrare in altro studio, come la retta visione di questo concetto nella sua classica struttura e nella sua radicale

---

(1) Inseriti nel *Bull. dell'Ist. di diritto romano*, vol. IV (1901), pag. 1 e vol. VII (1895), pag. 151 (*Scritti giuridici*, I, pag. 101 e segg., pag. 152 e segg.). Vedi anche *Diritto romano*, Firenze, 1900, pag. 433 e seguenti.

trasformazione per opera delle scuole elleniche e di Giustiniano si renda in perfetta armonia colla mia ipotesi sulla origine dell'eredità e ne fornisca una preziosa riprova, in quanto il concetto genuino della *successio* è inerente nel modo più stretto ed esclusivo al trapasso di funzioni e poteri.

2. Uno studio del Longo (1), schiettamente originale e a un tempo seriamente meditato, bell'esempio dei forti contributi della nuova scienza romanistica italiana, sgombra il terreno a questo esame. Ai giuristi classici, dimostra il Longo, è straniero il termine ed il concetto di successione a titolo particolare (2): la *successio in singulas res* è stata interpolata da Giustiniano nei testi classici (3).

Tenendoci per ora sul terreno della pura terminologia, noi possiamo intanto asserire con sicurezza in base ai

---

(1) Longo (Carlo), *La successione particolare nel diritto romano*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIV (1902), pag. 127 e 224, vol. XV (1903), pag. 283.

(2) A far palese la necessità logica e quasi automatica con cui, essendo in una via giusta, si perviene ad asserire delle verità, pur con una assoluta inconscienza della loro portata, riferisco le seguenti parole del mio scritto sul concetto dell'eredità inserito nello stesso *Bullettino*, vol. VII (1895), pag. 175 (*Scritti giuridici*, I, pag. 169-170): « Veramente caratteristico è il fatto che il concetto della successione giuridica, che noi moderni applichiamo ad ogni trasferimento di diritti, sia dai Romani limitato alla eredità ». Cfr. anche Hasse, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. V, 1830, pag. 42 e seg.; Kuntze, *Die Obligation und die Singular-succession*, Leipzig 1856, pag. 69.

(3) La recente scoperta di frammenti delle *Disputationes* di Ulpiano, che integrano la L. 5, D., 44, 3 (Lenel, *Preussische Akademie der Wissenschaften*, 1904, n. 39), mi sembra fornire una bella riprova testuale della tesi del Longo. Questi (vedi *Bull.* cit., vol. XIV, pag. 235, n. 1-237) ritenne interpolate nella legge citata le parole *quia in extranei locum succedit, non in eius qui pignus dedit*, frase in cui (l'applicazione è peraltro delle più innocue) il succedere sarebbe riferito ad un acquisto particolare. Ora il testo genuino pare dicesse: « quia extraneus possessor est ». L'eccezione originaria poi (così da una lettura più corretta dell'ultimo frammento per opera del nostro Scialoja, la quale apre la via ad una nuova interpretazione) non era affatto la *exceptio longi temporis*, bensì la *exceptio italici contractus*.

risultati positivi del Longo, che la *successio* nel diritto classico è termine specifico per le cosiddette successioni universali. Nel senso giuridico noi ritroviamo lo stesso termine nel diritto pubblico, come osserva, ed era ben ovvio, il Longo.

Una locuzione equivalente, che integra la *successio* nel suo vero oggetto, è la *successio in locum*.

Ma io ritengo oramai equivalente anche l'altra espressione di *successio in ius* o *in locum et ius*. Prescindendo per ora dai testi relativi all'*universum ius*, noi troviamo queste forme nei seguenti testi:

L. 9, § 1, D. *de ed.*, 2, 13. Paulus, *libro III ad Ed.* Nihil interest, si successores [aut pater aut dominus: *interp.* Longo] argentarii eiusdem fuerunt professionis: quia cum *in locum et in ius succedant* argentarii, partibus eius fungi debent.

L. 13 pr., D. *comm. praed.*, 8, 4. Ulpianus, *libro VI Op.* Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut *in ius eorum succedentium* per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Il Perozzi (1) ritiene il testo interpolato, perchè egli, come il Jhering, opina che con quelle parole si intenda alludere ai successori a titolo particolare. Il testo può essere anche in parte alterato, ma *in ius succedere* è locuzione classica e non allude, nel pensiero del giureconsulto almeno, ai successori a titolo singolare.

L. 9, § 12, D. *de her. inst.*, 28, 5. Ulpianus, *libro V ad Sab.* Heredes *iuris successores* sunt, et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet: quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.

---

(1) Perozzi, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXIII, (1897), pag. 9, testo e nota 2.

L. 3 pr., D. *de b. p.*, 37, 1. Ulpianus, *libro XXXIV ad Ed.* Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt [universitatis: *interp.* Longo: v. anche in seguito] cuiusque successionem qua *succeditur in ius demortui* suscipiturque eius rei commodum et incommodum.

In questo testo la forma in generale è abbastanza scorretta. Interpolata, come meglio vedremo, è la parola *universitatis:* a parer mio, in luogo di *hereditatis* o *in hereditatem;* interpolato l'inciso *ut plerumque solemus dicere.* Ulpiano non diceva in questo frammento, assai discusso anche pel concetto del patrimonio, se non che i *bona* qui (nella *bonorum possessio*, come specificano meglio i Basilici (1); e nello scolio si aggiunge « bene (καλῶς) », perchè tale non è il senso proprio dei *bona*, e si richiama in proposito la L. 83, D., 50, 16) si hanno a intendere nel senso dell'eredità, della *successio in ius demortui.* [Dubito tuttavia che questa equivalenza netta di *bona* a *successio* o *successio in ius*, anche limitata alla *bonorum possessio*, appartenga al giureconsulto: il *bonorum possessor* è un *fictus heres;* quindi, oltre ad acquistare i *bona*, egli *succedit in ius demortui.* Così probabilmente doveva dire Ulpiano].

L. 4, § 15, D. *de us.*, 41, 3. Paulus, *libro LIV ad Ed.* Heres, qui *in ius defuncti succedit*, licet apud eum ignorantem ancillam furtivam esse conceperit et pepererit, non tamen usucapiet.

L. 177, D. *de r. i.*, 50, 17. Paulus, *libro XIV ad Plaut.* Qui *in ius* [dominium vel (2): *interp.* Longo] alterius succedit, iure eius uti debet.

A questi testi conviene aggiungere la L. 28, D. *de exc. r. i.*, 44, 2. Papinianus, *libro XXVII Quaest.* Exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui *in* [dominium: *interp.* Longo] *successit* eius qui iudicio expertus est.

---

(1) Bas., 40, 1, cap. 3.

(2) Così la Fiorentina; gli editori accomodano correggendo: « dominiumve ».

Dominium è, a mio avviso, più agevolmente sostituito a *ius* che a *locum*.

L. 59, D. *de r. i.*, 50, 17. Ulpianus, *libro III Disput.* Heredem *eiusdem potestatis iurisque esse*, cuius fuit defunctus, constat.

Un attento esame persuade agevolmente che l'espressione *successio in ius* non può aver senso diverso dalla *successio* o *successio in locum*, non si può insomma restringere alla sola eredità o *successio in ius defuncti* tra le varie successioni universali. Già il complemento *in ius* o il complemento *in locum* o l'assenza di complemento non pare debbano stabilire una diversità di significato. Ma d'altra parte, come svolgerò meglio in seguito, *successio in ius* non vuol significare successione nei diritti, cioè successione giuridica nel senso della tecnica dottrinale odierna, bensì nello stato, nella situazione giuridica, nei rapporti o nel complesso dei rapporti giuridici. Lo dimostra la congiunzione *successio in locum et in ius*, specie di endiadi per la nostra « posizione giuridica »: lo dimostra l'analogia con altri usi, per esempio, il *pristinum ius recipere* nel *postliminium* (1) e nell'emancipazione dell'arrogato (2), che si alterna liberamente con *pristinus status*, o la locuzione *ius fundi deterius facere* e simili; lo dimostrano infine le esplicazioni *partibus eius fungi debet*, *iure eius uti debet*, ecc., che specialmente nell'antitesi alludono all'identità del rapporto, non al trapasso del diritto, nonchè gli esempi specifici, relativi pure non al diritto, bensì al rapporto giuridico e più specialmente al lato oneroso di esso (obbligo alla *editio rationum* da parte degli eredi del banchiere, onere fondiario di natura personale, posizione giuridica del defunto in generale, posizione giuridica del defunto con particolar riguardo agli oneri ed agli incomodi; vizio di furtività, come è non solo nella L. 4, § 15, D. *de us.*, 41, 3, ma probabilmente anche nella L. 59, D. *de r. i.*, 50, 17

(1) L. 19 pr., D., 49, 15.
(2) L. 33, D., 1, 7.

(v. Lenel, *Palingenesi* in Ulp. 73), e finalmente la *exceptio rei venditae et traditae* (v. Lenel in Paul. 1196). Ora questo senso non è altro che quello generico di *successio* o *successio in locum*. Ciò appare dalla traduzione letterale di *locus*, anche indipendentemente dalla congiunzione *in locum et in ius*, appare dagli esempi: anche *successio*, *successio in locum*, ne' casi concreti esprimono il subentrare in un rapporto giuridico con tendenza a rilevare piuttosto il lato oneroso. La restituzione del fedecommesso *ex Trebelliano*, dice Paolo, non è semplice *solutio*, ma *successio*, in quanto importa anche obblighi (1). A chi è successo nel luogo di un altro, non può nuocere l'eccezione, che non nuoceva a colui *in cuius locum successerit*, dice Ulpiano (2).

Nelle costituzioni imperiali e nel periodo post-classico invece della locuzione *in ius succedere* riscontriamo l'espressione *in iura succedere* (3). Il valore della formula è peraltro identico: si può paragonare lo scambio a quel che avviene nelle forme *ius cognationis* o *adgnationis* e *iura cognationis*, *ius adfinitatis* o *iura adfinitatis* (per esempio, *in iura adfinitatis succedere*, come dice lo storico Giustino: VII, 3, 29), *ius civitatis* o *quiritium* e *iura civitatis*, *ius patronatus* o *libertorum* e *iura patronatus*, *ius senatoris* e *iura senatoris* e simili. I testi stessi nella specie fanno manifesto che si allude alla situazione giuridica e al rapporto, non ai diritti, e più specialmente al lato oneroso del rapporto (cfr. in ispecie L. 1, Cod., 7, 36).

Interessante all'uopo è la seguente epigrafe scoperta nel foro di Preneste, la quale si richiama pure all'epoca del basso impero sui primordi del IV secolo (4).

---

(1) L. 39, D., 36, 1.

(2) L. 156, § 2, D., 50, 17; L. 3, § 2, D., 43, 19. Il secondo dei passi geminati è interpolato nelle parole *vel emptione aliove quo iure* (Longo).

(3) L. 1, Cod., 4, 64; L. 1, Cod., 5, 73; L. 1, Cod., 7, 36; L. 5, § 1, Cod., 2, 52 (53); L. 2, Cod. Th., 2, 16; L. 13, Cod. Th., 3, 5.

(4) V. Gatti, *Notizie degli scavi*, 1903, pag. 575; Cuq, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, vol. XXVIII (1904), pag. 265.

[Arl]enii P. Aelius Apollinaris Arlenius, natus die | IIII kal. nob. honeste vita moribus adque | litteris educatus, cum die VIII Kal. Iulias | agens annum octavum decimum caelo | desideratus corporeo carcere libera- | retur, petit adque impetravit a Publio | Aelio Apollinare v. p. patre suo, actore cau- | sarum, preside provinciae Corsicae, prae- | fecto vigilibus, uti fundum, q[ui] ad duas Casas | con[f]inium territorio Praenestinorum | daret ac traderet collegiis Praenesti | [nae] civitatis ea condicione ut isdem vel | [cu]ique *in eorum iura corpusque successerit* | [a]balienandi quocumque pacto potestas | non esset, sed ex ipsius fundi fructibus con | [v]ivia bis annua diebus suprascriptis exhi- | berentur. Et quo auctior esset eiusdem | voluntas, petit a supradicto patre suo | ut quinque milibus follium horti sibe | possessio compararetur, quae eorum | iuri adque corpori cum supradicta | condicione traderetur. Adque ita ob c (*sic*) | causa[s] s[upra] s[criptas] in fundum s[upra] s[criptum] et hortos comparatos | supradicto modo pecuniae | omnes collegiati inducti sunt. Propter quod veneficium (*sic*) collegiati omnes | statuam eidem togatam | in foro conlocarunt.

La clausola di inalienabilità è imposta ai collegi di Preneste, e a chiunque *in eorum iura corpusque successerit:* evidentemente agli eredi, i quali, conforme alla situazione fatta alle corporazioni professionali nell'epoca del Basso Impero, subentrano anche nel vincolo e negli obblighi abbastanza onerosi delle corporazioni.

3. Proseguendo l'esame dei testi, passiamo ora alle celebri formule *successio per universitatem*, *successio in universum ius* o *in omne ius*. Che queste formule sieno interpolate nei testi in cui si oppone la successione particolare alla successione universale è stato dimostrato dal Longo.

Tali sarebbero:

L. 19, § 5, D. *de aed. ed.*, 21, 1. Ulpianus, *libro I ad Edictum aedilium curulium*. Pollicentur emptori actionem et successoribus eius (qui in universum ius succedunt).

L. 3, § 1, D. *de except. rei v. et trad.*, 21, 3. Hermogenianus, *libro VI iuris Epitomatorum.* Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit (sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint).

L. 37, D. *de a. vel om. her.*, 29, 2. Pomponius, *libro V ad Sab.* Heres in (omne) ius mortui, (non tantum singularum rerum dominium succedit), cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

L. 24, § 1, D. *de d. inf.*, 39, 2. Ulpianus, *libro LXXXI ad Ed.* Adicitur in hac stipulatione et heredum nomen vel successorum eorumque, ad quos ea res pertinet. (Successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint, his verbis continentur).

L. 1, § 13, D. *quod leg.*, 43, 3. Ulpianus, *libro LXVII ad Ed.* Illud tenendum, sive a te, sive ab eo, in cuius locum successisti, possideri aliquid coeptum est interdicto huic locum fore. (In locum successisse accipimus, sive per universitatem, sive in rem sit successum).

L. 6, D. *de excep. praescr. et pr.*, 44, 1. Paulus, *libro LXXI ad Ed.* Si rem legatam petat legatarius de dolo testatoris excipitur: nam sicut heres (qui in universum ius succedit) summovetur exceptione, ita et legatarius debet summoveri (quasi unius rei successor).

Interpolati pel diretto riscontro con la fonte genuina si rivelano i seguenti passi delle Istituzioni:

pr. I. *de adq. per adr.* III, 11. Est et alterius generis (per universitatem) successio, quae neque lege duodecim tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure, quod consensu receptum est, introducta est.

Cfr. Gaio, 3, 82. Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure (quod) consensu receptum est, introductae sunt.

pr. I. *de succ. subl.* III, 12. Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones, qualis fuerat bonorum emptio, etc.

Cfr. Gaio, 3, 77. Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit.

Questi testi adunque si debbono eliminare.

Intatti pare che restino i passi più caratteristici.

L. 3 pr. D., *de b. p.*, 37, 1 (v. sopra, pag. 254).

L'*universitas* è eliminata per vero dal Longo; a ogni modo però non è qui in giuoco la solita antitesi tra successioni universali e particolari.

L. 11, D. *de div. praescr.*, 44, 3. Papinianus, *libro II Defin.* Cum heres in ius (omne) defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum illum illo (*scr.* vi vel clam) vel precario possedit.

L. 36, D. *de stip. serv.*, 45, 3. Javolenus, *lib. XIV Epist.* Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti, quia qui pro derelicto rem habet (omnimodo a se reiecit nec potest eius operibus uti, quem eo iure ad se pertinere noluit): quod si ab alio adprehensus est, stipulatione ei adquirere poterit (nam et haec genere quodam donatio est): inter hereditarium enim servum et eum, qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis iure retinetur (nec potest relictus videri qui universo hereditatis iure continetur), alter voluntate domini derelictus non potest videri ad usum eius pertinere [a quo relictus est].

L. 70 in fine, D. *de v. s.*, 50, 16. Paulus, *libro LXXIII ad Ed.* Verba haec « is ad quem ea res pertinet » sic intelliguntur, ut qui (in universum dominium) vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

L. 62, D. *de r. i.*, 50, 17. Julianus, *libro VI Digestorum.* Hereditas nihil aliud est, quam successio in (universum) ius (quod defunctus habuerit).

A questa legge si appaia l'altra di Gaio:

L. 24, D. *de v. s.*, 50, 16. Gaius, *lib. VI ad Edictum provinciale.* Nihil est aliud hereditas quam successio in (universum) ius (quod defunctus habuit).

L. 128, § 1, D. *de r. i.*, 50, 17 (Hi, qui in universum ius succedunt), heredis loco habentur.

L. 15 pr., Cod. *de don.*, 8, 53 (54). Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Severae. Aeris alieni, quod ex hereditaria causa venit, non eius, qui donationis titulo possidet, sed (totius iuris) successoris onus est.

Intatti, ma non saldi: poichè la dimostrata interpolazione dei precedenti o il diretto confronto con la fonte genuina per le Istituzioni debbono scuotere la fede anche per questi frammenti.

Il creatore della *successio in singulas res*, se in opposizione a questa è stato indotto ad alterare la *successio* o *successio in ius* nella forma della *successio per universitatem* o in *universum ius*, doveva pur tener ferma questa sua nuova creazione anche fuori dell'antitesi immediata; del resto nei passi delle Istituzioni essa ci appare appunto indipendente da quella antitesi.

Anzi l'universalità diventa per i compilatori una fissazione anche là dove essa parrebbe inutile. Gaio nota nelle sue Istituzioni (II, 98) che nelle successioni (cioè nelle nostre successioni universali) « eius res ad nos transeunt », ed i compilatori credono di emendare « eius res *omnes* ad vos transeunt » (§ 6, Inst., *per quas pers.*, 2, 9). Gaio dichiara che passano le azioni del fiduciario al fedecommissario (II, 253) e i compilatori, ricalcando alla lettera il testo gaiano, insistono pur sempre « *omnes* actiones quae iure civili heredi et in heredem competerent » (§ 4, Inst., *de fid. her.*, 2, 23).

Ma non fanno difetto per questi passi anche argomenti generali e speciali, d'ordine linguistico e logico. E anzitutto il significato stesso della formula. La *successio in universum ius* nel corpo delle Pandette non vuole essere un concetto equivalente alla *successio in ius* o alla *successio* semplicemente.

Non si allude alla identità del rapporto, bensì alla complessità dell'oggetto; il valore non è di *qualità*, bensì di *quantità*. Così l'hanno intesa i moderni, così la intesero i Greci. Nei Basilici, in tutti i libri di diritto greco-romano

l'*universum ius* è continuamente vôlto con le forme εἰς ὁλόκληρον o ἐξ ὁλοκλήρου (τοῦ δικαίου). La *successio per universitatem* è tradotta ἐν ὁμάδι διαδοχή, una volta si ha ὁμάδος διάδοχος. Ma poichè le due formule *successio in ius* e *successio in universum ius* sono entrambe relative all'eredità e acquisti similari, poichè infinite volte, e si può dire anzi regolarmente, a significar l'eredità e le successioni *inter vivos* si usa la locuzione *successio in locum* o semplicemente la voce *successio*, questa negligenza del momento che dovrebb'essere essenziale e specifico è per lo meno sorprendente, e l'uso normale di *successio* o *successio in locum* per significare l'eredità dovrebbe riuscire assolutamente incomprensibile. Si aggiunga che quando il testo, in cui si para dinanzi la *successio in omne* o *in universum ius*, ha una tendenza specifica, essa non è diversa da quella della *successio* o *successio in ius* semplicemente. Il giureconsulto allude all'identità del rapporto; è dessa che vuol giustificare con quel motivo, e l'*omne* o l'*universum* è per lo meno inutile: giova mettere a riscontro la L. 4, § 15, D., 41, 3, in cui Paolo spiega con la *successio in ius defuncti* il passaggio del vizio di furtività nell'erede, con la L. 11, D., 44, 3, in cui Papiniano, celebre per essere il più conciso dei giureconsulti, a spiegare il passaggio dei vizî del possesso all'erede ricorre alla *successio in ius omne defuncti;* e similmente la L. 3 pr., D., 37, 1, nella quale l'assunzione degli oneri è fatta dipendere dalla *successio in ius demortui*, con la L. 15 pr., Cod., 8, 53, in cui si dice che gli oneri gravano sul *totius iuris successor*. Si può anche osservare che il singolare *ius* nel nuovo significato assunto dalla formula ha tutta l'aria di una stonatura portata dalla interpolazione automatica: si sarebbe dovuto dire invece: *successio in universa iura.*

L'esame dei singoli testi conferma l'induzione generale. Nella L. 11, D., 44, 3, il ragionamento per lo meno non ha bisogno dell'*omne*, il quale epiteto si può dire che lo turba e lo travia. L'*universo iure hereditario* della L. 46, D., 45, 3, si potrebbe ritenere innocuo. Nondimeno il testo già mi

apparve sospetto in altro tema (1). È certo che esso abbonda di parole e reca indizî varî dello stile dei compilatori: *omnimodo*, *eo iure*, *operibus! nec potest relictus*, etc.; *a quo relictus est*, etc. Nella L. 70, D., 50, 16, di nuovo si converrà per lo meno che *in universum dominium* è un'aggiunta inutile; ma, più che inutile, essa è errata, poichè non può significare se non il domino solitario, il che nella specie è assurdo; e così l'hanno intesa i Basilici, in cui è detto che le parole *ad quem pertinet* « δεσπότην ὁλόκληρον δηλοῖ ». Heimbach traduce in un modo inverosimile: *dominum universum*. È il principio della confusione delle lingue, che vedremo crescere or ora.

Nella L. 128, § 1, D., 50, 17, abbiamo un gravissimo errore di diritto, cui si passa sopra, perchè non vi ha materia come questa in cui tutto si consideri in modo aereo, e anche l'esegesi ne risente. Non è vero che i cosidetti successori universali si reputino tutti *heredis loco:* come tali si hanno soltanto quelli in cui si finge l'eredità, il *bonorum emptor* o il *bonorum possessor:* Gaio lo dice espressamente (2). Dovevano senza dubbio nel testo essere concretamente enunciate le figure note, che venivano assimilate all'eredità, non già esser riassunte in quella errata formula astratta e generale. Nel suo contesto originario il frammento apparteneva all'azione Publiciana (cfr. Lenel, *Palingenesi*, Paul., 298). La ragione dell'infelice mutamento è senza dubbio, come in tanti altri casi, l'esser trasferito il testo sotto una rubrica generale: si può anche aggiungere che le successioni universali *inter vivos* col nuovo ordinamento della famiglia romana sono in sostanza abolite.

Nella L. 62, D., 50, 17, e nella L. 24, D., 50, 16, abbiamo una celebre definizione enunciata con gran disinvoltura come la cosa più semplice. Difatti nel concetto classico la

(1) Vedi le mie *Singole « iustae causae » dell'usucapione*, nella *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XIX (1894), n. 2, pag. 130-131 [*Scritti giur.*, vol. II].

(2) Gaio, III, 52; cfr. anche IV, 34.

definizione doveva essere ben semplice: l'eredità non è null'altro che una specie delle *successiones* e differisce dalle altre per essere la persona in cui si succede non viva e *capite deminuta*, ma *defuncta*, per essere, insomma, *successio in ius defuncti* o *demortui*, come dicono in altri testi Paolo ed Ulpiano. Similmente nella L. 15 pr., Cod., 8, 53, è l'antitesi col donatario, divenuto un *successor* nel diritto giustinianeo, che ha imposto l'aggiunta *totius iuris*. Questo testo poteva anche esser eliminato dallo stesso Longo.

Innanzi di proceder oltre nella dimostrazione dobbiamo però distruggere un dubbio che si può affacciare, sempre in ordine alla terminologia. *Per universitatem transire* o *adquirere* sono locuzioni certamente classiche: non solo della prima fa uso Paolo in testi che non hanno punto l'aria di esser interpolati (L. 1, § 2, D. *de f. dot.*, 23, 5; L. 62, D. *de a. r. d.*, 41, 1), ma, quel che è decisivo, la seconda si ha in Gaio (II, 97). Questa apparente obbiezione non è invece che un nuovo argomento a favore della nostra tesi. L'*adquisitio per universitatem* non è un sinonimo della *successio universitatis* o *in universum ius*, bensì una delle varie conseguenze della *successio:* è l'acquisto delle cose nella loro totalità, se si vuole, ma più propriamente nel loro insieme, cioè mediante un atto unico, non già l'acquisto di un *universum ius*, di una *universitas*. Il *per* in questa locuzione, dal punto di vista almeno della latinità, non può essere che modale (come in altre infinite locuzioni latine e anche italiane: cfr., p. es., per iscritto, per celia); serve a caratterizzare l'atto d'acquisto, ad esprimere, concediamo pure, la generalità e complessità degli oggetti, ma non a designare l'oggetto. La locuzione è un sinonimo delle forme avverbiali *universaliter* o *universe*, come *per singula* è semplicemente sinonimo di *singillatim:* si acquistano varie cose nel loro complesso, in blocco, *simul omnia*, come spiega il Gaio visigotico (1), mediante un unico atto di acquisto, come

(1) Gaii, *Epit. Vis.*, 2, 2, 1.

esattamente rende Teofilo, secondochè or ora vedremo; il che è, a mio avviso, la miglior prova dell'uso del κατὰ πόδας gaiano da parte del parafraste e forse anche di un diluito compendio sul genere dei frammenti di Autun. Tutto ciò risulterà ad evidenza dall'esame diretto dell'*universitas*.

Se non che noi possiamo procedere ad una critica interna più radicale della terminologia nuova di Giustiniano. Considerata freddamente, se è possibile spogliarsi di preconcetti millenari, questa terminologia per significare l'eredità o l'erede è errata; essa prescinde dalla coeredità, essa prescinde dal legato. L'erede può esser limitato ad una minima parte del patrimonio del defunto, e prima della reazione patrimoniale in suo favore, reazione laboriosa che ebbe il suo compimento nell'istituto della quarta Falcidia, poteva esser ridotto al nulla; il succedere nei debiti, negli oneri, è soltanto il suo appannaggio sicuro. La definizione classica è forse la più felice definizione dei giuristi romani, la definizione giustinianea è certamente la formula più infelice. Successore *in universum ius* non può dirsi a rigore se non l'*heres ex asse*. Noi moderni usiamo oramai per tradizione il termine di successore universale a designare l'erede, ma, oltrepassata la soglia dei concetti fondamentali, si sdrucciola necessariamente (e il Codice ne dà l'esempio) a distinguere il successore nella universalità e il successore in una quota. Più sorprendente è il linguaggio dei Greci. Nei Basilici e in tutte le collezioni posteriori lo stesso termine che abbiamo visto usato costantemente a tradurre l'*universum ius* è impiegato a tradurre *in solidum*, *ex asse*, *in assem* e simili nelle espressioni: agire o essere obbligato, prestare garanzia, possedere, esser proprietario, usare o altrimenti (1). Ma, quel che più importa, lo stesso termine

---

(1) Cfr., p. es., c. 3, Bas., 13, 1 = L. 3, § 3, D., 13, 6; c. 5, Bas., 13, 1 = L. 5, § 5, D., 13, 6; c. 11, Bas., 42, 4 = L. 11, § 3, D., 11, 1; c. 1, Bas., 16, 2 = L. 11, § 3, D., 7, 2; c. 8 sq., Bas., 42, 2 = L. 8, D., 5, 4; ecl. 19, (Zachariae, I, 412); Syn. Bas., 5, I, 27; (Zachariae, V, 282); Πεῖρα 65, 12, 13 (Zachariae, I, 277); *ex asse* o *in assem convenire* (c. 11, Bas.,

traduce senz'altro l'*heres ex asse* (1). Nella *Synopsis* (2) i testi si inseguono nell'un senso o nell'altro con un bellissimo effetto: ora si dice che l'erede è successore εἰς ὁλόκληρον o ἐξ ὁλοκλήρου ora si distingue tra l'erede o successore εἰς ὁλόκληρον e l'erede ἐκ μέρου o μερικός.

Curioso è l'equivoco generato dalla conversione del classico *fideicommissum hereditatis* nel *fid. universitatis* e quindi nel καθ' ὁμάδα *fideicommissarius* delle Novelle e dei Basilici. La traduzione dell'Heimbach suona, ad esempio, in c. 1, Bas., 44, 21: « Si is cui tota hereditas (e perchè non *pars hereditas?*) *restituta est non caveat* ». Ora l'Heimbach avrebbe potuto essere più corretto e ad un tempo stesso salvare il prezioso stile elleno-giustinianeo, traducendo alla lettera nell'ordine e nella costruzione stessa il testo greco *per universitatem fideicommissario non cavente* (μὴ ἀσφαλιζομένου) (3). Heimbach peraltro deve essere scusato di questo come dell'*universus dominus;* è la confusione delle lingue! L'uso antico la fa sopportare; del resto, in questioni di parole (purtroppo ciò avviene anche nelle idee!), la cosa è agevole: l'uso fa diventar tecniche le parole più assurde in relazione a un dato senso, specialmente in un'altra lingua.

Solo Teofilo si salva, anzi ci illumina, e mi par questa, ripeto, una bella prova dell'ipotesi messa innanzi e largamente corroborata del nostro compianto Ferrini, che il parafraste siasi valso per agevolare il suo còmpito di un

---

42, 4 = L. 11, § 2, D., 11, 1); *actio in assem* (c. 34 sq., Bas., 47, 1 = L. 35, D., 39, 5); *ex asse debere* (c. 1, Bas., 44, 21 = L. 1, § 12, D., 36, 3); *ex asse possidere* (c. 15, Bas., 7, 14 = L. 15, D., 2, 8); e sempre in opposizione a ἐκ μέρου ovvero εἰς τὸ μέρος.

(1) C. 2, Bas., 42, 4 = L. 11, § 2, § 6, D., 11, 1; c. 10, Bas., 35, 10 = L. 10, § 1, D., 29, 6.

(2) IV, 42, 57, 68 (Zachariae, V, 408, 410, 416).

(3) Anche nelle Novelle non è certo un miglioramento volgere collo Schöll καθ' ὁμάδα, apposto ai fedecommessi, coll'aggettivo *universalia* invece che colla locuzione avverbiale *per universitatem*, secondo la Vulgata, che anche qui segue meglio la lettera del testo e lo stile della cancelleria di Giustiniano (cfr. Nov., 1, cap. 1).

κατὰ ᾠδας gaiano; Teofilo adopera bensì εἰς ὁλόκληρον per significare *in solidum* (II, 23, § 4, in fine; 3, 16, § 1; IV, 7, § 2) o per significare l'erede *ex asse* (II, 23, 9), ma non si trova mai nel parafraste la giustinianea *successio per universitatem* o simili, bensì costantemente *adquisitio per universitatem*, cioè non διαδοχή εἰς ὁλόκληρον, ἐξ ὁλοκλήρου o anche ὁμάδος. bensì κτῆσις καθ' ὁμάδα (1) od anche voci più significative della complessità dell'acquisto ed escludenti invece l'unità dell'oggetto: ἀθρόον γενέσθαι δεσπότην, ἀθρόον λαμβάνειν (2). Ἀθρόος non vuol dire che in una volta, insieme, come denota il caratteristico πάντες ἀθρόως, che equivale alla lettera al nostro « tutti insieme », e il verbo ἀθροίζω, mettere insieme, adunare, In II, 9, § 6, infine, l'*adquisitio per universitatem* è poi interpretata precisamente come quell'acquisto in cui « ἓν μέν τί ἐστι τὸ γινόμενον πολλά δὲ ὑφ' ἓν ὑπὸ τὴν ἡμετέραν δεσποτείαν γίνεται πράγματα », cioè alla lettera « uno solo è l'atto che si compie, ma molte cose in una pervengono in nostro potere ». Di nuovo per la ricerca dell'eleganza invece di quella dura, ma preziosa esattezza verbale, per la suggestione dei testi giustinianei il nostro Ferrini, invece di *adquisitio per universitatem*, traduce costantemente *successio per universitatem* nel primo gruppo di testi o *in universum* nel secondo gruppo, cioè la stessa locuzione che egli adopera per tradurre εἰς ὁλόκληρον in altri passi. Una sola volta (III, 10 pr.) rende il testo letteralmente; in II, 9, § 16, le Istituzioni di Giustiniano impedirono di battere falsa via. Con questo il non mai abbastanza compianto scienziato si privò di un indizio prezioso per una delle tesi da quell'acutissimo intelletto più elaborate e ripetutamente proseguite, e infatti non veggo ricordata questa classicità e questa conformità a Gaio del linguaggio di Teofilo in nessuno dei varî scritti del Ferrini sull'argomento (3).

---

(1) Theoph., III, 10 pr., 11 pr.; 12 pr. e § 1.

(2) Theoph., II, 2 e § 1, § 2.

(3) [La nota ora il Riccobono (*Il valore delle collezioni giuridiche bizantine*, ecc., in *Mél. Fitting*, Montpellier 1908, vol. II, pag. 468, n. 9),

Se non che, pure in ordine a quest'ultimo asserto, la erroneità della terminologia, dobbiamo ribattere un argomento che si deduce dall'esegesi fallace di alcuni testi e che ha una parte essenziale nel diritto di accrescimento. Il diritto di accrescimento, lasciando da parte le fantasticherie sulla inscindibilità della personalità del defunto, suole esser fondato, in una maniera che a prima vista pare che appaghi, sulla successione, almeno potenziale, nella universalità, che solo per il concorso tra i varî eredi verrebbe ad esser limitata ad una quota. Può essere addotta come una tenace resistenza automatica delle idee ricevute l'omaggio che a questo concetto reca il Ferrini stesso (1), il quale Ferrini pure, a pag. 735, nota 2, richiama il diritto di accrescimento come uno degli argomenti efficaci della mia teoria sull'eredità. Non insisto sulla critica di questo concetto, secondo il quale l'accrescimento ereditario del diritto romano dovrebbe logicamente ripetersi tale e quale nel nostro diritto e si avrebbero a considerare come deroghe di carattere eccezionale le disposizioni del nostro Codice che lo escludono. Osservo solo che i testi sui quali esso si fonda, i testi da cui si dovrebbe desumere che l'impossibilità di più successori *in solidum* non significa impossibilità di più successori *in universum ius*, che ciascuno degli eredi succede nell'intiero ed è soltanto il concorso che fa le parti, non sono rettamente interpretati.

Si suole riavvicinare la L. 141, § 1, D. *de r. i.*, 50, 17, di Paolo, la quale dichiara: « Uni duo pro solido heredes esse non possunt », e la L. 80, D. *de leg.*, 32, 1, di Celso: « totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri ». Ma questa seconda legge si riferisce precisamente ai *coniuncti*, sia eredi, sia legatari; l'inciso finale riferito segue alle parole: *coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est.*

---

riconoscendola come « un nuovo elemento efficacissimo per l'aderenza del parafraste a una versione letterale di Gaio più che alle Istituzioni »].

(1) Ferrini, *Pandette*, n. 618, pag. 756.

Il diritto di accrescimento specifico, conforme alla volontà del defunto, è il diritto di accrescimento dei legatari e degli *heredes coniuncti*, che si fonda sulla chiamata all'intero e sul *concursus:* il diritto di accrescimento generale degli eredi, che può ripugnare alla volontà del defunto, non può dipendere punto da una pretesa chiamata all'intero e dal *concursus* che fa le parti, nè è parola altrimenti di *concursus* e di parti da esso determinate nelle nostre fonti se non quando appunto le parti non sono altrimenti determinate (1).

4. Se non che l'esame esegetico proseguito svela una più vasta alterazione dei testi, che schiude ancor più direttamente l'adito a comprendere il pensiero dei compilatori, facendo manifesto che la simpatia loro per questa terminologia tecnica, che ha generato anche nella dottrina il fantasma delle *universitates iuris et facti*, è l'affetto per una propria creatura.

Nei testi sicuramente o con gran probabilità genuini *universitas*, *universaliter* e simili non hanno alcun significato tecnico: non significano una organica *unità*, bensì esprimono genericamente la *totalità*, la *collettività* in opposizione alle parti, ai singoli: indicano che un atto, un rapporto affetta le cose nel loro insieme, non si moltiplica per le singole unità (2).

---

(1) L. 34, § 10, D., 30; L. 15, § 18, D., 39, 2. — Il Köppen, *Lehrbuch des röm. Erbrechts*, pag. 179, 1, contro l'opinione dominante, non prende abbaglio almeno circa l'interpretazione della L. 80, D., 32, 1.

(2) Si può osservare che *universus* nella latinità schietta non è se non un sinonimo di *omnis* con una certa enfasi (*universi cives, municipes, oinvorsei virei atque mulieres* nel senatoconsulto dei Baccanali, lin. 19) e si scambia liberamente con *omnis* (cfr. *omnia bona* e *universa bona*, *omnia negotia* e *universa negotia*, etc.). Invece nel linguaggio giustinianeo *universus* sembra tendere piuttosto al senso di *totus* o *cunctus*, e appare talora interpolato per *totus*. Cfr., per es., Gaio, L. 7, § 5, D., 41, 1 e § 23, I. 2, 1; nonchè l'*universitas consummationis* nella L. 51, § 1, D., 19, 1, che si reputa interpolata. [V. *La formazione scolastica della dottrina dell'« universitas »*, specialmente *Postilla II*].

Così, dice Ulpiano: la massima che le spese dotali *ipso iure dotem minuunt*, si ha a riferire non alle singole cose dotali, ai *singula corpora*, bensì alla dote nel suo insieme (1). Così Gaio distingue se un gregge sia venduto *universaliter*, *uno pretio*, ovvero *in singula corpora* (2). *Uno pretio* significa implicitamente, ma chiaramente *una venditione*, come interpretano i lessici, che adducono come esempio della parola questo testo giuridico. L'avverbio *universaliter*, piuttosto raro e letterariamente non classico (3), corrisponde al classico *universe* o alla forma avverbiale *in universum*, che significano non altro che in generale, in un sol tratto, in blocco (4). In qualche esitazione potrebbe indurre il veder riferite ad una *universitas* le azioni ereditarie e distinte le azioni speciali e universali. Ma anche in questo caso, come appare dai testi, la locuzione non significa, almeno nel pensiero classico, se non che con quelle azioni si richiede un complesso di oggetti (5).

Con Giustiniano invece l'*universitas* è adoperata per la prima volta a significare un'unità organica, cioè sia un complesso di cose concepite come un unico oggetto, sia il patrimonio e, propriamente, il patrimonio ereditario. È la terminologia de' compilatori che ha fornito precisa-

---

(1) L. 1, § 4, D., 33, 4.

(2) L. 35, § 6, D., 18, 1.

(3) Lo ritrovo però in Siculo Flacco (Grom., *Lachmann*, 138, 7).

(4) Cfr. Cic., *Ep. ad Att.*, V, 2, 1: « cetera *universe* mandavit, illud *proprie* ». Cic., *Verr.*, V, 55, 143, ove l'oratore, stanco di enumerare particolareggiatamente i delitti di Verre, esclama: « Nam quid ego de ceteris civium Romanorum suppliciis *singillatim* potius quam *generatim atque universe* loquar? ». Cic., *In Q. Caec. div.*, 22, 72: « ea quae *singillatim* ac diu collecta sunt, *uno tempore universa perdamus* ». Plin., *Hist. nat.*, IX, 24 (40), 78: « in universum appellavit » (un genere di pesci distinto in varie specie). — Tipiche antitesi: *in universum* da un lato, e *proprie*, *per partes*, *particulatim*, *viritim* dall'altro, nelle quali *in universum* non può tradursi che *in blocco*, *in massa*, *insieme:* Cfr. Col., *De re rust.*, V, 8, 7; VII, 5, 4; VII, 35, 2. Sen., *Nat. quaest.*, V, 7, 1; VII, 7, 4. [V. appresso *La formazione scolastica della dottrina dell'« universitas »*].

(5) L. 1 pr., D., 43, 1; L. 1, § 1, D., 43, 2; L. 2, Cod. Th., 4, 14.

mente l'addentellato alla falsa teoria delle *universitates iuris et facti.*

Per le *universitates facti* il termine *universitas* aveva sua base testuale nella L. 70, D., 7, 1 (*id est universitatis*), che si reputa interpolata (1); espressioni come *universitas fundi*, *universitas aedium* (2), vengono a torto mescolate nel tema, perchè di nuovo non hanno un senso tecnico, non significano se non l'intero in opposizione alle parti e nei testi relativi si usano nel senso di *universus fundus*, *universae aedes*, e liberamente si scambiano con queste forme, appunto come noi diremmo, « tutto il fondo » o la « totalità del fondo ». È il gusto della latinità argentea, che ama di ridurre l'aggettivo al sostantivo astratto e dire ad es. *universitas generis humani*, *universitas mundi* e persino con un ardimento singolare la *longitudo colli* per *longum collum.*

Ma quel che fa al caso nostro è l'altro uso proprio di Giustiniano e ben più rilevante, dell'*universitas* nel senso di patrimonio o patrimonio ereditario. « Sua è la *donatio universitatis*, suo il *fideicommissum* e il *fideicommissarius universitatis* », nota il Longo a proposito del genitivo *universitatis* nella L. 3 pr., D., 37, 1; ma gli è proprio, a mio avviso, che sua è l'*universitas.* La terminologia classica intanto non conosce se non la *donatio omnium bonorum.* Quanto al *fideicommissum universitatis*, in tutta la lunga trattazione di Gaio (II, 246-259) esso non compare una volta sola; è sempre il *fideicommissum hereditatis* che si nomina. Nelle Istituzioni di Giustiniano (III, 23), che ricalcano Gaio, non compare se non al § 12, che appartiene ai compilatori. Nelle Pandette infine in tutto il titolo 36, 1, non compare se non nella L. 17 (16), § 2, di Ulpiano: « Et generaliter autem potest dici ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit

(1) Eisele, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für R. g.*, vol. XI (1890), pag. 4.

(2) Cfr. L. 30, D., 10, 2; L. 10, D., 31; L. 7, § 11, D., 41, 1; L. 23 pr., D., 41, 3; L. 2, § 6, D., 41, 4; L. 8, D., 43, 24.

rogatus: ceterum si de universitate sensisse testatorem apparet, nulla quaestio est, quin, sive suspectam dicat, cogi possit, sive sponte adit, ex Trebelliano transeant actiones ». Come si vede, questa legge reca in ogni parola, reca nel tipo della riassunzione finale l'impronta dello stile giustinianeo. L'ultima parte (sive suspectam *dicat*, sive sponte *adit*), per la sconcordanza grammaticale, e probabilmente anche per la poca armonia giuridica con l'ordinamento classico, in cui dovevasi all'uopo rilevare l'opposizione tra il Pegasiano e il Trebelliano, si reputa dal Lenel (*Paling.*, in Ulp., 1880) interpolata. Considerando poi in tutto il contesto [L. 15, §§ 5-8 e L. 17 (16)] il ragionamento ulpianeo, si vede poi come quel discorso finale sia per lo meno ozioso, come il termine *universitas* balzi fuori nuovo ed il concetto sia inverosimile per Ulpiano.

La questione è se il *fideicommissum* sia veramente *hereditatis*, cioè con tutti gli oneri, ovvero pecuniario: perchè in quest'ultimo caso sarebbe iniquo costringere il fiduciario all'adizione e alla restituzione, quando per gli oneri egli rimanga obbligato. Ora, come si deve interpretare la preghiera di restituire *bona* o *familiam* o *pecuniam* o *universam rem meam* o *patrimonium*, *facultates* (Ulpiano si diffonde largamente nella sinonimia) e simili? Si deve intendere, insiste il giurista ripetutamente, che il *fideicommissum* sia *de successione* — e quindi costringere il fiduciario all'adizione — o si deve intendere che esso sia *de pecunia?* E risponde: si potrà costringere all'adizione (*cogi poterit*, *cogendus est*), poichè la preghiera si riferisce alla successione: ma, soggiunge il giurista, richiamandosi alla autorità di Meciano, in talune specie la cosa può esser dubbia, ed è questione di interpretazione di volontà (*voluntatis quaestio*). Nel dubbio tuttavia val meglio ritenere la successione, perchè non cada il fedecommesso: *in ambiguo tamen magis de successione sensum dico*, *ne intercidat fideicommissum*. La questione è esaurita: a che pro soggiungere più sotto: *et generaliter autem*, ecc.? Questa aggiunta è una decisione

legislativa, che vuol tagliar corto ai dubbî: la distinzione solenne con cui si vorrebbe porre un criterio netto e sicuro, il *nulla quaestio est* non armonizza certo con le parole e col tono del ragionamento ulpianeo. E come spunta fuori l'adizione volontaria, se il momento della questione era precisamente la coazione eventuale all'*aditio*? E come Ulpiano ha reputato di esser più chiaro con dire *de universitate sensisse* invece che *de successione*, egli che reputa espressione equivoca *universam rem meam*? Questa sicurezza non può venire in mente se non a chi abbia in animo questo nuovo e strano senso di *universitas*, per cui essa deve equivalere a *successio*, *hereditas*.

La *suspecta universitas* è poi un vero e strano ἅπαξ λεγόμενον! I giureconsulti classici non conoscono che la *suspecta hereditas* o *damnosa hereditas*.

Gioverà infine ricordare come la nuova terminologia rifletta quanto al fedecommissario universale lo spirito delle riforme giustinianee, per cui oramai il fedecommissario è sempre *heredis loco* e in lui trapassa sempre il patrimonio del defunto coi debiti e crediti inerenti *ex Trebelliano*, abolita la duplicità del Trebelliano e del Pegasiano. E anche quanto alla *donatio universitatis* è lecito supporre che abbiano esercitato influenza sulla nuova terminologia le riforme e le facilitazioni giustinianee in ordine ad essa (1), per cui gli elementi del patrimonio sono riavvicinati in una certa unità nell'atto di donazione e la *donatio universitatis* sembra opporsi alla donazione delle cose singole in una forma analoga a quella in cui nel diritto giustinianeo la successione universale si oppone alla successione particolare.

Altro testo è la L. 20, § 10, D. *de her. pet.*, 5, 3, la base della teoria delle *universitates iuris:* « Non solum autem in hereditate utimur senatus consulto, sed et in peculio castrensi vel alia [universitate] ».

---

(1) L. 35, § 5, Cod., 8, 53 (54).

L'antica dottrina, per fondare su questa legge il concetto dell'*universitas iuris*, dissimulava la qualità del peculio, che nel testo è un peculio castrense, e generalizzava la *universitas* ad ogni complesso patrimoniale, esemplificando però sempre con la dote. Hasse e Mühlenbruch, i due acuti oppugnatori di questa vera dottrina scolastica, fecero osservare una cosa molto semplice: che il peculio è nel testo e deve essere il peculio castrense, come quello che è oggetto di successione, e l'*universitas* non può significare se non *successio per universitatem*, cioè alludere alle altre successioni universali (1). Che il peculio castrense sia menzionato distintamente accanto all'*hereditas* per l'applicazione del senatoconsulto si spiega: la successione nel peculio castrense non è *hereditas*, bensì *quasi hereditas* (2). Anche altrove il successore del *filiusfamilias* ha una menzione speciale accanto all'*heres* (3), e le regole dell'eredità si estendono ad esso con un *puto* o in via utile (4). Sono le costituzioni imperiali che hanno creato il peculio castrense e l'eredità del *filiusfamilias* in un'epoca in cui nè si potevano così facilmente rinnegare e confondere le vecchie basi del diritto, nè le costituzioni imperiali avevano potestà di fare *ius civile* (5). L'interpretazione del Hasse e del Mühlenbruch è senza dubbio inevitabile, ma il turbamento recato da questo testo, e il passar sopra al carattere del peculio, la creazione dell'*universitas iuris* si spiegano soltanto con l'ignoranza che l'*universitas* è stata qui da Giustiniano sostituita al termine chiaro di *successio*, se pure non è interpolato tutto l'inciso *vel alia universitate*.

---

(1) Hasse, *Archiv für die civ. Praxis*, vol. V (1830), pag. 57. Mühlenbruch, *Archiv*, vol. XVII (1834), pag. 343. — La scuola culta però non prese abbaglio: cfr. Fabro, *Rat. ad l.*, 20, § 10, D. *de her. pet.*, e Cuiacio nei varî passi in cui commenta questa legge.

(2) L. 2, D., 49, 17.

(3) L. 6, D., 4, 1; L. 2, § 2, D., 10, 2.

(4) L. 34 pr., D., 5, 3; L. 31, D., 11, 7; L. 2, § 2, D., 10, 2.

(5) Nella L. 2, § 2, D., 10, 2, reputo interpolato l'inciso finale *fortius defendi potest*, etc.

La menzione dell'*universitas* torna nella L. 13, § 8, D. *de her. pet.*, 5, 3: « Sed ut emptor universitatis utili tenetur ». Questo inciso fu già segnalato come tribonianeo dal Fabro, il quale elimina in questa L. 13 le pretese utili *hereditatis petitiones* contro il compratore, e reputa interpolato anche il § 4. Il Fabro (1) fa altresì rilevare il ragionamento errato del testo, perchè con la stessa logica si potrebbe far responsabile di fronte alla *hereditatis petitio* anche il compratore di buona fede, e nota l'equivoco di Triboniano, il quale chiama *emptor universitatis* l'*emptor hereditatis*, che non acquista una *universitas*, che non subentra nelle azioni (2). Una cosa è certa, che quella chiusa del paragrafo è una stonatura.

La *successio universitatis* della L. 3, D. *de h. p.*, 37, 1, ci si è già presentata. In questo testo corrotto essa è già stata eliminata dal Longo; io credo per altro che, al solito, l'*universitas*, sia semplicemente sostituita alla *hereditas*, analogamente a quello che Giustiniano ha fatto nel *fideicommissum hereditatis*.

Restano la L. 208, D. *de v. s.*, 50, 16, Africanus, *libro IV Quaestionum*. Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.

e la L. 7 pr. in fine, D. *de bon. damn.*, 48, 20, Paulus, *libro sing. de port. quae lib. damn. conced.* Quod cum aliqua moderatione definiri placuit, ut qui ad universitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent.

Nell'un caso come nell'altro il vocabolo non pare abbia propriamente valore tecnico. Nel primo testo, eccessivamente sfruttato per l'*universitas iuris* e per l'*universitas* ereditaria, non si avverte che il *quaedam* toglie ogni senso

---

(1) *Rat. ad h. l.* e anche ai §§ 4-5.

(2) L'interpolazione è ritenuta evidentissima anche dal Di Marzo, *Archivio giuridico*, vol. LX (1903), pag. 530. Per ragioni logiche e linguistiche il Di Marzo reputa interpolato nello stesso ordine di idee anche il § 10.

definito al concetto; nel secondo l'*universitas* è opposta alle *portiones*.

Tuttavia il primo testo, se non entrambi, potrebbero essere alterati. Nel primo qualche traccia di ritocco si ha nella fiorentina. *Singulares res* ivi si legge: il *singulas* è una ragionevole emendazione mommseniana. Ma non è improbabile che le due voci *universitatem* e *singulares* determinanti l'antitesi siano aggiunte dai compilatori. Il testo non dovea se non dichiarare il solito pensiero che preoccupa i Romani: i *bona* nella *bonorum possessio* si hanno a intendere, come l'*hereditas*, nel senso del *ius successionis*, non delle *res*. Nel secondo testo *universitatem* potrebbe, giusta la solita tendenza dei compilatori, per simpatia verbale, essere interpolato in luogo di *hereditatem*, alla quale meglio si riferirebbe la proposizione finale « *ex ea* portiones, ecc. ». Ma sarebbe, dico, una pura simpatia verbale, giacchè il testo è innocuo e, data l'antitesi colle *portiones*, potrebb'esser piuttosto imbarazzante per gli avversari, in quanto mette in pericolo il mistero di fede dommatica che l'*heres ex parte* è un *heres in universa bona*, *in universum ius*.

Senonchè la creazione dell'*universitas*, la coniazione del *per universitatem succedere* con le forme parallele *successio in universum ius*, *successio universitatis*, ci mettono sulla strada per sorprendere una di quelle alterazioni, direi quasi, proditorie del linguaggio che non risultano da interpolazioni, ma semplicemente dall'armonia logica e linguistica con una nuova terminologia. Il *per universitatem transire* è travolto ora ad un senso contro grammatica e contro l'uso classico: non designa più il passare in blocco di un insieme di oggetti mediante un unico atto, *simul*, ὑφ' ἕν, bensì il trapassare di una *universitas* concepita come un tutto.

Tale è appunto la spiegazione generale della frase; anche autori, come il Hasse (1), come il Kuntze (2), il

(1) Hasse, l. c., pag. 54.
(2) Kuntze, *Die Obligation*, pag. 71.

Birkmeyer (1), il Fadda (2), che in tante parti rappresentano una sana reazione contro l'opinione dominante, si tengono a questa interpretazione.

Notevole per la tendenza di render ragione del *per* in questa formula, travolta ad un senso grammaticalmente impossibile, è la breve e drastica espressione del Hasse: « L'*universitas* è il *medium* per cui si succede nel patrimonio ». L'interpretazione dominante non fu oppugnata se non dal Brinz (3) e da me (4). Effettivamente però il Brinz ed io seguivamo più il linguaggio e lo spirito del diritto classico che non il linguaggio e le esigenze del diritto giustinianeo.

Ma qui ha termine questa lunga analisi critica dei testi e tocchiamo il terreno del domma.

5. Passando ora all'esame del concetto, una cosa almeno non mi par dubbia. Anche chi voglia fare delle riserve su qualche punto dello studio che precede, su questo deve convenire: il peso del concetto in ordine all'eredità e istituti similari nel passaggio dal diritto classico al diritto giustinianeo si è spostato. Il momento significativo nel diritto classico era appunto la *successio* stessa. Il momento giustinianeo è l'*universitas:* l'eredità è ormai la traslazione di una *universitas*. Le conseguenze caratteristiche che nel diritto classico si ricollegavano alla *successio* o *successio in ius* e si intendeva di spiegare con questa locuzione, nel diritto giustinianeo si ricollegano all'*universitas*. Perciò Giustiniano appone sempre *per universitatem* a *successio*, perciò, anche fuori di ogni antitesi, non sta pago di asserire il passaggio delle *res*, delle *actiones*, ma insiste sempre nel dire *omnes res*, *omnes actiones*, perciò il classico *fidei-*

---

(1) Birkmeyer, *Das Vermögen*, pag. 29.

(2) Fadda, *Concetti fondamentali*, vol. I, *passim*.

(3) Brinz, *Pandekten*, III, § 357, pag. 1-4.

(4) Nel mio secondo articolo inserito nel *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII (1895), pag. 180 e seg. (*Scritti giuridici*, vol. I, pag. 177 e segg.].

commissum hereditatis è divenuto in lui *fideicommissum universitatis*, perciò infine, a nostro avviso (tutto quanto precede si rileva dal diretto confronto con le fonti genuine), le interpolazioni dell'*omne ius*, del *totum ius*, dell'*universum ius*, dell'*universitas*.

Ma questa trasposizione è stata fatale alla dottrina giuridica. Volendo riassumere la traslazione in generale sotto il concetto della *successio*, i Greci hanno immolato questo concetto, hanno turbato con una terminologia strana e reso inintelligibile la figura vera ed unica della *successio*, divenuta ora una suddivisione ed una specie. Ciò che era naturale, logico, quasi intuitivo effetto della successione, diventa convenzionale e incomprensibile riferito alla traslazione universale. I due concetti, successione e traslazione, hanno nel pensiero romano una portata essenzialmente distinta, una relazione inversa, e il connubio stabile dell'uno con l'altro, l'inversione di ordine e di preminenza per cui la traslazione è divenuta l'antecedente, la successione il susseguente, non sono idee romane, e forse nemmeno nel linguaggio ordinario italiane. Ci giova fare un esame generale dei due concetti.

E dapprima della successione. I due popoli, che hanno esercitato un più vasto sforzo nella elaborazione dei concetti romani, Greci e Tedeschi, non erano sempre nelle condizioni più favorevoli alla bisogna. Quando la voce che rende il concetto in un'altra lingua ha una diversa radice, un diverso pensiero fondamentale, l'indagine più acuta, spinta involontariamente dietro una traccia fallace, smarrisce la retta via. Un esempio ne offre il concetto della *bona fides:* la nostra « fede » non serba a gran pezza la forza ed il senso pregno della romana *fides*. Tuttavia non ha un'essenza radicalmente diversa, come il tedesco *Glaube*, significante la pura e semplice credenza, che in una serie lunghissima di pagine, quasi un intero volume del suo *Labeo*, trascina un talento della forza del Pernice in una serie di erronee deduzioni. Altri esempi ne offrono *possessio*,

contractus, istituti travagliati da equivoci ancor più gravi, fonti di teorie profondamente errate e causa di una infinita dispersione di forze; sempre per seguire la tradizione bizantina e la traccia di studî stranieri, anzichè il senso vero e vivo della parola nella lingua latina fuori della letteratura giuridica e non interamente obliterato nella stessa lingua volgare italiana. Ora anche nel nostro tema, oserei asserire che la parola greca e la parola tedesca seguono una via diversa dalla latina. In quella greca la base è in sostanza la pura e semplice traslazione: *διαδοχή*, *διάδοχος* (da *διαδέχομαι*) non significano che ricevere e precisamente ricevere attraverso, mediante (*διά τινος* o *διά τινα*, *per aliquem*); *nachfolgen* significa, in base alla pura scomposizione, venir dopo, seguire. *Succedere* significa non soltanto venir dopo, e subito dopo, ma occupare il posto del predecessore, e precisamente (non si dimentichi che la parola latina nella composizione non ha smarrito ancora il valore della particella iniziale), sopportarne gli oneri, i rischi, i doveri.

Il senso fondamentale è appunto quello di farsi sotto (generalmente in vece altrui), sopportare, sostenere, subire e simili. La voce *subire*, etimologicamente un puro e semplice sinonimo di *succedere*, è nella lingua latina in una infinità di usi, una voce perfettamente parallela a *succedere;* si dice *subire onus*, *pondus*, *periculum* e *succedere oneri ponderi; subire ad moenia*, *muros*, *testudine facta subire* e *succedere moenibus*, *munitionibus*, *muris*, *muros* o *ad muros*, *ad portam*, *tectis*, *tecto*, *castris*, *ad castra*, *vallo*, *ad* o *sub vallum*, *testudine acta* o *densa testudine succedere* (1). Dell'una

(1) Caes., *B. G.*, VII, 82, 1; Hirt., *B. Al.*, 30, 4; Sall., *Iug.*, 57, 4; Liv., XXIII, 16; XXIII, 44; XXVII, 18; XXXI, 45; XXXVIII, 9; Tac., *Ann.*, II, 20; Front., *Strat.*, III, 171; Sil. It., *Pun.*, X, 596. — Caes., *B. G.*, VIII, 85, 5; Sall., *Iug.*, 94, 3; Liv., XXXI, 40; Tac., *Ist.*, III, 27. — Verg., *Aen.*, II, 478; XI, 146; Stat., *Theb.*, I, 469. — Hirt., *B. Al.*, 30, 2; Liv., VII, 37; Sil. It., *Pun.*, XV, 9, 592. – Liv., XXII, 16; XXVII, 42; XXXI, 36; XXXI, 42; XL, 30; Luc., *Phars.*, VII, 733; Sil. It., *Pun.*, XII, 606. Analogamente: *succedere in arduum:* Liv., V, 43; *tumulum, in tumulos:* Liv., XXII, 28; XXXI, 36; *sub montem, ad montes:* Caes., *B. C.*, I, 45, 2; Liv., XXII, 16; *ad urbem:*

legione o dell'una schiera che entra dopo l'altra in battaglia per sostenere il nemico incalzante, dell'ala destra che fa lo sforzo dopo la sinistra, dell'ordine dei triarii che si avanza e resiste al posto degli *hastati* e dei *principes*, della cavalleria che si slancia sul nemico, ritirandosi la fanteria, dei varî corpi o dei soldati singoli che si danno il cambio, i Romani dicono promiscuamente che *subit* o *succedit* (*prima legioni tertia, dextrae alae sinistra subiit, eques in pugnam succedit, exercitus in orbem* o *in vicem succedit proelio*, etc. (1). *Succedit pugnae* Mezenzio, abbandonato il campo da Turno dietro il pietoso inganno di Giunone, e Camilla morente implora alla sua volta che Turno *succedat pugnae* e ricacci i Troiani (2). « Succedam ego vicarius tuo muneri », dice con espressione caratteristica Cicerone (3), rivolgendosi a Publio Scipione, il quale avrebbe egli dovuto difendere i monumenti del suo grande antenato spogliati da Verre; e l'espressione si scambia nel corso dell'orazione con *suscipere partes alienas, sustinere tuum munus. Tu curis succede meis*, dice Claudiano (4).

Liv., XXIII, 44. Molti usi, non più tollerabili o non familiari nella lingua volgare italiana, nella quale il senso del succedere è scolorito e limitato, riappaiono ancora nel manto arcaicizzante della poesia. Cfr., per es.: « Ai tetti vostri inonorata, immonda — Plebe successe » (Leopardi).

(1) Varro, *l. l.*, VII, 56; Liv., X, 14, XXVII, 2; XXVII, 12; XXXII, 12; XXXV, 5; Oros., VI, 6, 3; Caes., *B. G.*, VIII, 28, 3; Liv., VI, 4; IX, 27; XXII, 28; XLII, 54. Frequentissimo e, si può dire, tecnico nei riguardi militari è l'uso di *succedere* (o anche, pur sempre, *subire*) per indicare le milizie fresche o intatte, che subentrano al posto dei soldati stanchi o feriti o caduti, sia nella battaglia, sia nell'assalto. Reco i seguenti esempi: *Integri fessis* o *in locum defessorum succedunt, recens miles succedit:* Caes., *B. G.*, III, 4, 3; V, 16, 4; VII, 25, 1; VII, 41, 2; VII, 85, 5; VIII, 41, 3; *B. C.*, III, 94, 2; Liv., IX, 32; XXVIII, 13; XXXII, 11; XXXV, 5. *Exanimato alteri successit tertius et tertio quartus:* Caes., *B. G.*, VII, 25, 3 (poco innanzi ha detto che ciascuno, via via, preso il posto del giacente, *eodem munere fungebatur*). *In stationem succedere:* Caes., *B. G.*, IV, 32, 2; Liv. XXXVI, 23; Curt. Ruf., *Hist. Al.*, VIII, 22. 15.

(2) Verg., *Aen.*, X, 689-690; XI, 826. Similmente: X, 439, 847.

(3) Cic., *Verr.*, 2, 4, 3.

(4) Claud., *Carm.*, VII, 152.

Ma non sarei alieno dal credere che il primitivo uso del *succedere* o *subire*, come appare dagli esempi, presso il guerriero popolo di Roma, fosse la scalata alle mura del nemico, in cui un soldato incalza l'altro e si avanza per combattere *sul posto* del caduto. Abbiamo financo la locuzione *subire in partes* o *in locum alterius* equivalente a *succedere in locum*. Forse più che il nostro succedere meglio rende molte volte il senso del latino il subentrare o sottentrare, e nel tedesco fino a un certo segno *eintreten*.

[Crediamo opportuno di ampliare questa esegesi letteraria, che è, a mio avviso, una preparazione indispensabile alla esegesi storico-giuridica, nella quale il senso tecnico della parola presente o del suo preteso vocabolo corrispondente, sovrattutto per l'asservimento ai metodi stranieri, ha contribuito a trarre anche noi latini fuori di strada.

Sia nell'uso concreto e materiale, sia nell'uso metaforico e spirituale, *succedere* ha sempre il significato dell'entrare al posto, anche senza verun rapporto col predecessore, non mai quello del ricevere. Nell'uso concreto e materialistico, oltre agli esempi militari addotti, che ne offrono la più palpabile espressione, ecco una serie efficace e perspicua per se stessa di esempi. Un popolo succede all'altro in un territorio, ciascuno incalzando e cacciando di volta in volta quello che l'ha preceduto: *alius alii successit* (1); la terra, dicono gli agronomi, si deve rivoltare nei campi in guisa che quella ch'è più a fondo prenda il posto di quella che è alla superficie (2); i giovani alberi prendono il posto dei vecchi divelti (3); la cicatrice *succedit* al posto dell'osso avulso (4); i maschi e le femmine degli uccelli si dànno il cambio, *succedunt in vicem*, nella cova (5); invece del colore umano,

(1) Sen., *Dial.*, XII, 7, 10 (ad Helv. matr.).
(2) Pall., *De re rust.*, I, 6, 17.
(3) Pall., *De re rust.*, XI, 8, 1.
(4) Plin., *Hist. nat.*, XI, 37 (48), 132.
(5) Plin., *Hist. nat.*, X, 55 (76), 155.

succedit pallor infernus (1); parti inanimate e membra ferine prendono il posto delle membra umane nelle Metamorfosi di Ovidio (2); la carne viva prende il luogo della morta: *in locum demortuae carnis viva succedit* (3). La successione degli uomini sulla terra (diman morremo come ier moriro, ecc.) è espressa *per successionum vices in ordinem mortalitatis* (4), e più plasticamente in uno dei grandi padri della Chiesa sono rappresentate le creature che vanno e vengono su questa terra, *cedendo et succedendo* (5); una costellazione succede all'altra nel corso dell'anno (6); alle nubi succede il sereno (7); una persona prende con simulazione il posto di un'altra, per es. del vero coniuge (8), e i pagani lamentavano che i martiri cristiani *succederent* alle immagini degli Dei nei loro tempi (9).

Nell'uso spirituale si succede nella signorìa dell'arte, della scienza, del canto lascivo, nella fama dell'eloquenza, nello studio, nella grandezza (10); si succede anche socialmente nella dignità (11) o in un ministero umile (12). Un popolo succede all'altro nell'egemonia (13); un medico all'altro nella cura di un malato (14); *cedit* a un dato momento nell'opera dei campi la *cura patrum* e subentra, *succedit*, quella delle madri (15); un figliolo che si offre prigione invece del

(1) Apul., *Metam.*, X, 10.

(2) Ovid., *Metam.*, XI, 80. — Dante nei canti XXIV e XXV dell'*Inferno* (metamorfosi reciproca di membra) non adopera mai *succedere*.

(3) Salv., *De gub. Dei*, VII, 1, 3.

(4) Quint., *Decl.*, IV, 10.

(5) Aug., *De civ. Dei*, XII, 4.

(6) Ov., *Met.*, X, 165.

(7) Sen., *Ad Lucil.*, XVII-XVIII, 107, 8.

(8) Arn., *Adv. Nat.*, IV, 36.

(9) Aug., *De civ. Dei*, VIII, 26.

(10) Sen., *Exc. controv.*, IV, 4 (Seneca Novato); Ov., *Met.*, III, 589; *Trist.*, II, 467; Trog.-Iust., *Hist.*, XIX, 1, 2.

(11) *Nostro successit honori:* Ov., *Met.*, II, 590.

(12) *Famulorum officio succedere:* Tert., *De carne Christi liber.*

(13) *In eorum locum Remi successerant:* Caes., *B. G.*, VI, 12, 7.

(14) Cic., *Ep. ad Att.*, VI, 1, 2.

(15) Verg., *Georg.*, III, 138.

padre per riscattarlo *succedit* o *subit* ai mali del padre, alla sua pena (1). La più bella Venere di Apelle ebbe il destino stesso del sublime disegno di Brentano per la facciata del Duomo di Milano: *invidit mors.....nec qui succederet operi ad praescripta liniamenta inventus est* (2). A Giove succede Peleo nella mano di Teti (3); gli schiavi manomessi vanno a colmare i vuoti dei caduti e sottentrano anche nella loro posizione, sposandone le vedove, *ut non numero tantum amissorum civium, sed et dignitati succederent* (4).

Prendere il posto di padre o del padre è *in patris locum succedere*, sia per ragioni di affetto (5), sia sposandone la vedova (6). Un giorno segue all'altro (7); un'età dell'uomo succede all'altra (8); un'epoca del mondo succede all'altra: per esempio il furore delle armi e la cupidigia alla bella età di Saturno (9), ed in generale un'epoca succede ad un'altra (10); e torna anche in quest'uso lo scambio con *subire* (11). Si succede nell'ordine della parola o nel discorso in generale (12); succede alla penna il discorso vivo (13). All'esercizio violento del corpo succede la stanchezza, al ripetersi incessante delle stesse coltivazioni succede l'esaurimento dei campi, la *fatigatio agrorum* (14). È immagine abusata, ma sempre affettuosa, che la persona cara prende il luogo, *in locum succedit*, degli occhi perduti (15), e un'im-

---

(1) Quint., *Decl.*, VI, 21.
(2) Plin., XXXV, 10 (36), 92.
(3) Ov., *Met.*, XI, 27.
(4) Trog.-Iust., *Hist.*, III, 5, 6-7.
(5) Cic., *Ep. ad Brut.* (Brutus Ciceroni), I, 13, 1.
(6) Trog.-Iust., *Hist.*, XVII, 2, 8.
(7) Aug., *Conf.*, XI, 13, 6.
(8) Aug., *Conf.*, I, 6, 9; I, 8, 13; I, 18, 30.
(9) Verg., *Aen.*, VIII, 327.
(10) Cic., *Phil.*, XI, 15, 39.
(11) *Subiit argentea proles:* Ov., *Met.*, I, 114. *Successit aënea:* III, 25.
(12) Cic., *passim;* Plin., IV, 9, 2; 9, 13.
(13) Sen., *Ad Lucil.*, VII, 2 (65), 2.
(14) Col., *De re rust.*, II, 1, 4.
(15) Quint., *Decl.*, II, 10.

magine analoga troviamo in S. Agostino: il pianto succede alla persona cara perduta (1). L'ira prende il posto della legge (2); in luogo della sazietà subentra il disgusto, *succedit horror* (3); nell'età matura la serenità sostituisce i piaceri, *succedit in locum voluptatium* (4).

Con smaccata adulazione Marziale, imprendendo a cantare le lodi di Domiziano, esclama: poco ho da lavorare, perchè l'argomento mi fa le veci dell'ingegno: *in cuius* (*ingenii*) *locum materia successerat* (5). La volontà (cioè la riconoscenza) entra in luogo della cosa (6); i genitori, i figli, i congiunti, gli amici della persona uccisa dal tiranno ne prendono il posto nella schiera dei nemici, in modo che se n'ha più invece d'un solo: *in locum singulorum succedunt* (7); prende il posto la pietà dell'affetto (8); la riflessione succede all'ira (9); il piacere subentra al dolore e viceversa, la pietà all'odio (10); succede il peggio al meglio (11).

In tutti questi usi l'antico sente tuttavia vivamente il valore plastico del vocabolo, ed è perciò che noi stessi non potremmo troppo abusare della nostra voce *succedere* nella versione, perchè nè sarebbe tradurre in lingua italiana, nè il vocabolo nostro renderebbe l'efficacia del latino: ciò spicca specialmente ne' passi in cui *succedere*, in uno degli usi enunciati, è in antitesi con *cedere*, *excedere*, *decedere*. *Cedentibus sociis legio successerat*, dice Livio (12), e Cesare ci mostra

---

(1) Aug., *Conf.*, IV, 4, 9.
(2) Quint., *Decl.*, XIII, 11.
(3) Macrob., *Sat.*, VII, 7, 15.
(4) Sen., *Ad Lucil.*, I, XII, 5.
(5) Martial., *Epigr.*, VIII prol.
(6) Così traduce Benedetto Varchi *in locum rei succedit* in Seneca, *De ben.*, VII, 15, 4.
(7) Sen., *De clem.*, I, 8, 7. Cfr. Trog.-Iust., *Hist.*, XL, 1, 1.
(8) Maxim., *Eleg.*, II, 71 (in *Poet. lat. min.*, V, LVII, ed. Teubner).
(9) Trog.-Iust., *Hist.*, XII, 6, 5,
(10) Cic., *De fin.*, I, 17, 56; Corn. Nep., *Dion.*, 10, 2.
(11) Sen., *Ad Lucil.*, XVII-XVIII, 108, 25 (Passa il meglio, *deteriora succedunt*).
(12) Liv., XXVII, 12.

le milizie stanche che *proelio excedebant*, per far luogo alle fresche e intatte, che *succedebant* (1). Plinio narra di un quadro nel tempio della Pace dipinto con singolare artificio; venne ripassato tre volte il colore, per preservarlo con tre *subsidia* dagli oltraggi degli uomini e del tempo, facendo in modo che *decedente superiore inferior* (*color*) *succederet* (2). Quando infine l'antico dice *qui succedunt nascendo decedentibus* (3) sente una immagine, che noi non rendiamo davvero colla fredda frase: i nuovi nati succedono ai morti. Il decesso è oramai una locuzione tecnico-burocratica, come la successione è quasi esclusivamente una locuzione tecnico-giuridica; onde non pochi si figurano che, adoperandola in altri usi, si ricorra a una immagine giuridica, come avviene veramente ormai nella nostra lingua (non nella latina) della parola *legge*. In breve il senso concreto del *cedere*, andare, è vivo in *succedere* non meno negli altri composti (*incedere*, *accedere*, *procedere*, *praecedere*, *antecedere*, *recedere*, etc.), con questo di speciale che si va nel posto lasciato da un altro (con o senza rapporto, ciò non rileva), sobbarcandosi alla sua bisogna, facendone le veci].

La successione adunque non è la mera sequela, la *Nachfolge*, ma la sequela in una situazione, in cui per avventura si ha più di mira l'onere, cui si sobbarca il successore, che non il vantaggio che dalla situazione gli deriva. Ma *nemmeno esprime una derivazione*, come la greca διαδοχή. Una fresca schiera di militi, ad esempio, *succedit*, perchè la precedente *cedit*, ma nè questa cede intenzionalmente, perchè l'altra succeda, nè altrimenti le è imposto di cedere a tal uopo. Ciò può ben accadere, ma non è necessario nè implicito nel concetto.

Il concetto della derivazione, della dipendenza è invece precisamente l'altra faccia della traslazione. Qui non è il

(1) Caes., *B. G.*, III, 4, 3.
(2) Plin., *Hist. nat.*, XXXV, 10 (36), 102.
(3) Aug., *Conf.*, II, 6, 30.

sottentrare in un posto dietro l'abbandono che altri ne faccia, ma il passaggio di una cosa da una mano in un'altra, che il detentore attuale opera spontaneamente o costrettovi. La piena espressione del *succedere* è *succedere* IN LOCUM, la formula della traslazione col suo complemento vero è il REM *transferre* o *transire*, cui corrisponde il REM *accipere*. La successione esprime un peso, un carico, fisico o morale; la traslazione implica, nella sua essenza, un vantaggio puro e semplice per una delle parti, una perdita per l'altra.

Trasportiamo ora questi concetti nel campo del diritto. Evidentemente, se le parole nel senso translato debbono riallacciarsi al proprio, il *rem transferre* ben può esprimere la traslazione di un potere, di un diritto subbiettivo da un soggetto all'altro, in quanto o il diritto si rappresenta come una cosa o si ha di mira l'oggetto: ma il *succedere* non può tornare in acconcio se non quando ci si rappresenti il subentrare in senso figurato, il subentrare in una posizione, donde possono scaturire diritti, ma cui più facilmente si riconnettono oneri, funzioni, doveri, danni, rischi. Un simile concetto si ha nella carica di diritto pubblico (il nome stesso di carica è degno di nota), nelle funzioni di qualunque specie, per quella affinità che hanno il *munus*, la *functio* e l'*onus*, nei rapporti giuridici di diritto privato, fonti di diritti e di obblighi.

Il succedere nelle cariche pubbliche, negl'imperi, ne' governi provinciali, e per analogia nelle scuole filosofiche, retoriche, giuridiche è talmente tecnico e regolare, sia nelle fonti storiche, come in quelle giuridiche, che è fuor di luogo addurne esempi: il linguaggio de' giuristi non meno che quello di Cicerone ne porge a iosa (1). E nel diritto pubblico l'*antecessor* e il *decessor* ad indicare il precedente titolare della carica ci offrono una voce, di cui si lamenta il

(1) Noteremo solo che il senso materialistico dell'entrare, del venire al posto altrui è così vivace ancora nella stessa lingua giuridica che anche qui la nostra parola di forma identica distrugge non di rado la rappresentazione plastica del vocabolo antico. Quando STAZIO (*Theb.*, II, 398) fa dire di Polinice che questi, se il fratello mantenesse la parola « pactae

difetto nel diritto privato. Un uso pure frequente e quasi tecnico è la *successio in locum* o *in ius pignoris* per indicare non la successione nel diritto di pegno, bensì il subentrare, il surrogarsi nell'ordine e nella graduatoria de' pegni, nella collocazione, come usa dire (1). Si succede o non si succede nelle obbligazioni e nei contratti singoli (2): si succede nell'usucapione (3); si succede nella tutela (4); nell'esecuzione (5); nell'accusa (6); nella difesa (7); nei vizî del defunto (8). Si dice che non si succede nel crimine, nella pena (9), o che si succede nel rischio (10); si dice, ad esempio, del sostituto, che egli succede nell'eredità (11); si succede nei *iura libertorum* (12); nel *corpus*, cioè nel vincolo collegiale, come dall'iscrizione prenestina riferita in principio. La *successio graduum* in ordine all'eredità è poi

---

tandem *succederet* aulae », non ci si può davvero immaginare di rendere in italiano il *succederet* col nostro scolorito e astratto succedere.

Ugualmente vivo e scultorio è il motto, con cui Subrio Flavo (in Tac., *Ann.*, XV, 65) scherniva la disegnata successione di Pisone a Nerone: « non referre dedecori, si citharoedus *demoveretur* et tragoedus *succederet* ». « *Levarne* un citarrista, e *porvi* un tragediante, non iscemar vergogna », traduce, non male, il Davanzati.

E presente sempre anche in quest'uso è ai Romani l'antitesi con *cedere:* vivissima e parlante è in Orazio la rappresentazione dell'attuale signore che *cedit* e dell'erede che subentra (*Cedes* coëmptis saltibus et domo — Villaque flavos quam Tiberis lavit — *Cedes*, etc.).

(1) Per es., L. 3, D., 20, 3.

(2) L. 24, D., 13, 5: « in locum pupillorum hac cautione reus successerit »; L. 6, § 6, D., 3, 2; L. 5 pr., D., 17, 2; L. 6, § 9, eod.: « in societatem, societati »; § 6, I., 3, 24: « in conductione »; L. 1, § 12, D., 48, 10: « in contractum »; L. 5, § 6, D., 27, 9: « in stipulatum ».

(3) L. 30 pr., D., 4, 6.

(4) L. 6, § 6, D., 3, 2; L. 3, § 8, 9, D., 26, 4.

(5) L. 2, D., 42, 3.

(6) L. 6, § 2, D., 5, 2; L. 31, eod.

(7) L. 5, § 3, D., 46, 7.

(8) L. 11, § 2, D., 6, 2, etc.

(9) L. 26, D., 48, 19; L. 22, D., 39, 1.

(10) L. 4, D., 27, 8: « magistratus in omne periculum succedit ».

(11) Gaio, II, 177; L. 8 pr., D., 29, 2; L. 7, D., 34, 9.

(12) L. 1, § 1, C. *de b. lib.*, 6, 4.

un'altra terminologia tecnica corrispondente quasi alla *successio in locum* nel diritto di pegno (1).

Ma precisamente in tutti questi usi classici è da por mente come sia esclusa la derivazione e la giuridica dipendenza qual è intesa nell'odierno rapporto della successione. Lo confessa con franche parole il Longo (2) per quel che concerne la carica pubblica; si osservi altresì che (nel linguaggio romano almeno) è successore anche l'usurpatore e in generale chi giunge alla carica pubblica indipendentemente da qualunque rapporto col suo predecessore. I romanisti, impigliati nel concetto odierno della successione giuridica, dissimulano questi usi delle fonti o si dibattono in vani sforzi per ispiegarli. Per la *successio in locum* del diritto di pegno il Dernburg (3) ricorre al suo concetto originalissimo della successione originaria. Più spesso gli autori parlano di una successione cronologica, di mero fatto (4), o insegnano trattarsi di un linguaggio *improprio*, che confonde casi, in cui non si ha vera successione, di un *uso anormale e non imitabile delle nostre fonti* (5). È sempre il preconcetto che la successione, nella sua essenza, implichi derivazione, e così la sentissero

---

(1) Il senso è vivo ed è eguale anche ne' più remoti derivati. Come *successor*, così la voce più rara *succedaneus* ha lo stesso valore sia ne' testi giuridici: *succedaneus in omne periculum; succedaneus culpae* (Ulp., L. 4, D., 27, 8); *damni* (Dio., L. 10, C., 5, 34); *functioni* (Val. et Val., L. 27, C., 10, 32); *solutioni* (Grat. Val. et Theod., L. 3, C., 11, 66); sia ne' testi extragiuridici: *regni* (Trog.-Iust., XXXVIII, 6, 11); *succidaneum se pro vestris periculis subdidit* (Fronto, *ad M. Caes.*, I, 3); *Hostia succidanea* (Gell. Apul. Serv.) e con metafora scherzosa in Plaut. *Epidic.*, 140: *tergum succedaneum*. Nell'uso odierno della parola *succedaneo* è per avventura più vivace che non nel termine *successore*, alterato dalla tradizione giuridica, tanto la sostituzione quanto l'indifferenza per la legittimità.

(2) Longo, in *Bull.* cit., vol. XIV (1902), pag. 128-129.

(3) Dernburg, *Pfandrecht*, vol. II, pag. 491, e *A. für civ. Pr.*, XLI, pag. 2 e seguenti.

(4) Cfr. per tutti Arndts, *Pand.*, § 56, n. 2 (Arndts-Serafini, *Pandette*, 4ª ediz., § 56, n. 4, pag. 179), e lo stesso Longo, in *Bull.* cit., vol. XIV, pag. 128, nota 3; vol. XV, pag. 295, nota 2.

(5) Cfr. lo stesso Arndts, l. c., ma più specialmente Regelsberger, *Pand.*, Leipzig, 1893, vol. I, § 122, pag. 447.

i Romani, che in un modo o nell'altro spinge a eliminar dal campo giuridico testi in cui la derivazione è esclusa. Per le obbligazioni e per le responsabilità di ogni genere, il Longo osserva (1) che la terminologia è portata dalla causa per cui si succede, che è pur sempre l'eredità. Ma ciò non giustifica la terminologia (e perchè d'altra parte non la si adopera pei diritti?) e non è nemmeno esatto, perchè v'ha pure dei testi in cui il succedere nelle obbligazioni è adoperato indipendentemente dal diritto ereditario, come la L. 12, D., 27, 9, la L. 24, D., 13, 5, e forse la L. 4, D., 50, 2. Il vero è che il *succedere*, come non esprime il trapasso di un diritto, ma bensì il subentrare in un rapporto, così non implica il concetto di una derivazione: l'identità del diritto in testa al successore non ha sua ragione nel fatto ch'esso gli derivi da un precedente legittimo titolare (il che non è vero che generi questa identità), bensì nel fatto ch'esso è inerente a una situazione, a uno *status*, l'esser magistrato, decurione, tutore, patrono, assunto a una potestà, collocato in un rapporto. Il nuovo titolare *acquista* i diritti, in quanto prima subentra, *succedit*, in una posizione. Che nella *successio mortis causa* una tal posizione sia rappresentata dal mero titolo di *heres* è certo una singolarità, ma noi abbiamo spiegato ampiamente in altri scritti le ragioni storiche di questo tratto singolare dell'eredità romana, per cui *prima* si assume la qualità di *heres* e in conseguenza si diviene titolari di una serie di diritti.

La successione per antonomasia è peraltro nel diritto pubblico la successione nella carica suprema, depositaria della sovranità pubblica, nel diritto privato l'eredità. Parallela alla prima, che si potrebbe dire successione di diritto costituzionale, è l'altra per annessione territoriale, che si potrebbe dire successione di diritto internazionale; parallela alla seconda e nell'identico rapporto è la successione per *capitis deminutio* del soggetto.

---

(1) Longo, in *Bull.* cit., vol. XV, pag. 295.

Nel concetto e nella terminologia romana la successione ereditaria e le successioni affini non potevano quindi rappresentarsi se non come successioni nella posizione giuridica o nei rapporti giuridici. Queste locuzioni per vero sono atte a trarre in abbaglio, perchè noi usiamo il termine posizione giuridica nel senso *quantitativo* e intendiamo il complesso dei rapporti giuridici come un complesso di diritti e di obblighi, il che non è precisamente lo stesso. Tenendo a ogni modo presente il concetto vero della *successio*, si comprendono le caratteristiche della *successio in ius defuncti*. Le più note ed essenziali sono: 1° la posizione identica del defunto in ordine ai diritti e agli oneri; 2° il passaggio di diritti altrimenti intrasmissibili, come il fondo dotale, e di cose di cui non si ha il commercio; 3° il passaggio in blocco (il *transire per universitatem* nel suo classico significato) delle cose. Ora ciascuna di esse deriva dalla *successio*. L'erede subentra nei vizî, nella buona o mala fede in ordine al possesso, nel diritto all'azione Publiciana, nella buona o mala fede che in altre azioni si esige, per esempio, nell'*actio in factum* contro colui che si è lasciato vendere dolosamente, subentra nel possesso *pro possessore* di fronte alla *hereditatis petitio*, « etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse »: e tutto perchè subentra nel rapporto, l'*usucapio*, la *traditio ex iusta causa*, la *venditio*, la posizione di *praedo*, se il defunto aveva usurpato un'altrui eredità. Il fondo dotale, il fondo provinciale, di cui non si abbia il commercio, passano ugualmente, perchè l'erede subentra nella costituzione dotale, nella donazione o vendita fatta già dal defunto. I diritti sulle cose passano in blocco, *per universitatem*, come inerenti alla *successio*, perchè l'erede subentra nei singoli rapporti giustificativi. Finalmente per la stessa ragione (e di ciò meglio or ora) passano crediti e debiti, in quanto l'erede subentra nei rapporti obbligatorî.

La concezione è generale ad ogni specie di *successio*, salvo le differenze portate, come or ora vedremo, in ordine

ai debiti dall'organismo speciale delle successioni *inter vivos*. Nelle fonti giustinianee, naturalmente, le vere successioni *inter vivos* non sono rappresentate, si può dire. Tuttavia che non si noti il subentrare nel possesso di buona o mala fede, nell'usucapione, nel diritto alla Publiciana e simili non rileva, in quanto la cosa è totalmente inutile; lo stesso vale infatti circa le persone soggette negli acquisti che fanno al *paterfamilias*, e la persona cui si succede è divenuta soggetta. Ma per altri effetti si hanno pure dirette attestazioni. Così in ordine al precario (1), al passaggio di cose altrimenti intrasmissibili (2), all'identità del rapporto coi suoi oneri (3).

È quindi il concetto mero della *successio* che si attua in questi effetti e li esprime, se non si può dire che ne spieghi la causa genetica e finale. La traslazione delle cose, e quindi la derivazione, non è pur essa che una conseguenza della *successio* nel senso romano.

6. Ma quali sono i limiti di questa posizione giuridica, qual è la concreta estensione dei rapporti giuridici in cui l'erede subentra, qual è, in una parola, l'oggetto della successione? La formula classica *successio in locum* o *in ius* (sarà chiaro ormai) non designa, non delimita l'oggetto. *Locus*, *ius* non sarebbero nemmeno per la loro generalità e per il loro valore espressioni adatte; l'*universus* è un epiteto che non può chiarirne il significato. La delimitazione e definizione ordinaria, che intende stabilire il campo ed il senso del giustinianeo *universum ius*, è nota: oggetto della successione sono i *bona* nella loro universalità, il patrimonio come una unità di attivo e passivo. In questa formulazione dal punto di vista del diritto classico (a parte il senso non esatto attribuito a *ius*) si ha un duplice equivoco.

(1) L. 16, D., 43, 26.
(2) L. 62, D., 41, 1.
(3) L. 1, § 1; L. 2, D., 23, 5.

Un equivoco *qualitativo*. Anche dal punto di vista patrimoniale l'erede subentra propriamente ne' rapporti giuridici, nella situazione patrimoniale, la quale non corrisponde qualitativamente ai *bona*, che ci rappresentano un complesso di diritti (o, se si vuole, anche di obblighi); non è termine equivalente a patrimonio. Di ciò meglio in seguito; ma si può notare intanto che mentre la situazione patrimoniale è incapace di trasmissione, è ben capace di trasmissione e di pignorazione il patrimonio. Si può donare, costituire in dote le proprietà acquistate per compera, permuta, occupazione, usucapione e simili; ma la compera, la permuta, l'occupazione o l'usucapione non si dona: in esse si subentra, *succeditur*. Il passaggio dei *bona*, delle *res*, giova insistere, non spiega il trapasso dei vizî, della buona o mala fede, dei vincoli e simili. Ciò si spiega col concetto romano della *successio*, per cui è nel rapporto giuridico che l'erede subentra. In pratica nondimeno, volendo prescindere da queste differenze qualitative, si può anche ritenere come equivalente il complesso dei rapporti giuridici e il complesso dei diritti: ma, si avverta, quando i Romani dicono che le *res*, i *bona*, trapassano nell'erede, non intendono con ciò definire l'oggetto della successione, ma solo esprimere la conseguenza pratica più ovvia, che è l'acquisto dei beni. Del resto ben dicono i Romani stessi: *hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.*

Un equivoco *quantitativo*. L'oggetto della successione anche quantitativamente trascende i *bona:* esso comprende (a parte il tema delle azioni penali escluse nel periodo storico, forse per interpretazione della giurisprudenza), il culto, i sepolcri, il rapporto di patronato, almeno per gli *heredes sui.*

Ma nemmeno i debiti sono ricompresi nei *bona*. Ciò esprimono recisamente ad ogni passo i Romani. È l'attivo netto che costituisce il patrimonio, *bona intelliguntur quae deducto aere alieno supersunt* (1): persino l'attivo oberato, i *bona non*

(1) L. 39, § 1, D., 50, 16; L. 83 eod.; L. 88 eod.; L. 222 eod.; L. 11, D., 49, 14; L. 2, § 1, D., 37, 6; L. 8, § 4, C. 6, 61.

solvendo, i *bona* cioè che *non sufficiunt* a pagare i debiti non si possono considerare come beni (1). Questo concetto i giuristi applicano in ogni rapporto: dote, donazione, pegno, società, usufrutto di tutti i beni, collazione, computo della massa per la legittima e per la Falcidia, e via e via (2). Questo concetto essi esprimono a proposito di ogni complesso patrimoniale: se l'eredità sussiste anche *sine ullo corpore*, ciò non si può dire nè della dote, nè del peculio: con lo svanire dell'attivo, *dos nulla est*, *peculium moritur*. Il creditore si può rivolgere contro l'erede, anche se non ha ricevuto *bona* dal defunto, ma non può agire contro il *paterfamilias*, quando nulla siavi nel peculio: salvochè (ciò serve a riprova del concetto) questi sia in dolo. Tutta la terminologia dell'*in bonis habere* è fondata esclusivamente sull'attivo: avere nel patrimonio, *in bonis*, 100, 200, significa sempre unicamente l'attivo.

I debiti gravano sui *bona*, si soddisfano coi *bona*, *ex bonis* o *ex facultatibus*, dicono le fonti; la locuzione *bona solvendo* o *non solvendo sunt*, non significa, come appare dalle locuzioni parallele, se non « i beni sono o non sono sufficienti a pagare i debiti, che su di essi gravano ». Tale è del resto il sentimento dei profani, la nozione economica del patrimonio, tale il linguaggio: i *bona*, le *facultates*, la *substantia* o *pecunia* con tutti gl'infiniti sinonimi e le parole

(1) L. 83, D., 50, 16.

(2) Il Ferrini, *Pandette*, pag. 122, nota, stima interpolata la L. 72, D., 23, 3. — Ma non mi pare che ragioni linguistiche o logiche o d'altra natura giustifichino questa supposizione. Il Di Marzo per vero (*Archivio giuridico*, 1903, vol. XI, pag. 528) isola nettamente la parte interpolata nell'inciso *cum quidem..... sed*. Ma poichè lo stesso Di Marzo (*Ivi*, pag. 527) ben riconosce che le forme *quidem..... sed*, *quidem..... autem*, *quidem..... vero* e simili non furono ignote ai classici, converrebbe che vi fossero altre ragioni per escludere l'inciso; e che esso contenga uno sviluppo inopportuno del responso di Paolo, come il Di Marzo asserisce, è motivo non sufficiente e che a me inoltre non sembra esatto. Ad ogni modo la soluzione della specie e la proposizione *non plus esse in petitione quam quod superest deducto aere alieno* restano intatte, e questo è l'essenziale.

corrispondenti in qualunque lingua fanno l'uomo ricco e beato, non lo fanno povero e fallito. Se questo concetto romano e dai Romani le mille volte gridato ed applicato, se questo concetto naturale del patrimonio potè con una stupefacente continuità e generalità venire travolto e soffocato, se gli scrittori più sagaci oscillano, ammettendo un senso vario dei *bona* ne' varî istituti, se in fine il concetto oppugnato è trapassato nell'eredità moderna, ciò si deve alla falsa intelligenza dell'oggetto dell'eredità romana. Il Birkmeyer, che primo ha fatto una larga confutazione del concetto dominante, se giunse a scuotere, non persuase, perchè impigliato anch'egli nelle fisime ordinarie dell'eredità, nella pretesa categoria logica del patrimonio concepito come unità, che egli esagera ed applica anche fuori della successione. L'oggetto dell'eredità, il domma dell'*universum ius*, è la base di questa ordinaria concezione; nel cercare un puntello esegetico gli scrittori si sono abbattuti ad un'unica legge fuori della materia ereditaria, ed è la L. 49, D. *de v. s.*, 50, 16. Con mirabile continuità dalla glossa ai commentatori, dai commentatori alla scuola culta ed ai moderni si vide in questa legge la distinzione di due sensi del patrimonio diversamente comprensivi: il senso naturale, i puri beni, l'attivo, e il senso civile, che ricomprende i debiti. Contro questa esegesi tradizionale reagì primo il Birkmeyer (1). L'antitesi tra il senso naturale e il senso civile non è che l'antitesi tra il senso economico ed il giuridico. Non che i beni si dicano naturali, *quando* essi fanno *beati*, ossia ricchi; ma i beni si chiamano beni *naturaliter*, *perchè* essi fanno *beati* (*quod beant*). La esegesi del Birkmeyer persuase il Windscheid, il quale ebbe a recedere in questo testo dalla comune interpretazione e a rinunciarvi pel concetto del patrimonio (2), e persuade il Fadda (3).

(1) Birkmeyer, *Das Vermögen*, pag. 15 e seguenti.
(2) Windscheid, *Pandette*, vol. I, § 42, nota 3.
(3) Fadda, contronota *k* al Windscheid, *Pandette*, vol. I, pag. 679.

Solo il Ferrini rimase alla esegesi tradizionale; per lui « è stata fatale al Birkmeyer l'integrazione del Mommsen a questo testo » (1).

Ora a me sembra che da questa integrazione si possa prescindere. Si ammetta o non si ammetta che il testo sia lacunoso nella definizione del senso civile dei beni, certo è che la esemplificazione ulpianea, la quale parla unicamente di diritti, proprietà, possesso di buona fede, superficie, crediti, non si può assolutamente riferire ai beni in senso naturale. È il nostro preconcetto teorico circa le categorie del *ius naturale* e del *ius civile* in opposizione che ci fa scorgere due categorie di patrimonio: si tratta di un aspetto naturale dei beni e di un aspetto civile; il primo, che si riflette nella denominazione, considera i beni, diremmo noi, dal lato edonistico, come strumenti di felicità, il secondo dal lato giuridico, come diritti (2).

---

(1) Ferrini, *Pandette*, n. 89, n. 3, pag. 121-122. Dopo la dichiarazione dei beni nel senso naturale Mommsen intercala: « civiliter bona nostra sunt ea *quae habemus* ».

(2) Una concezione che sembra la critica (starei per dire, con tutto il rispetto dell'Autore, la caricatura) della teoria dominante del patrimonio è quella del Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, Kiel 1866, pag. 51, 90 e segg. Al disopra del patrimonio *reale*, il vero patrimonio, il solo che si considera in tutti i rapporti della vita, il Neuner costruisce un patrimonio *ideale*, tutto romano, straniero agli altri popoli, penetrato in Germania con la recezione del diritto romano, consistente in una unità di debiti e di crediti, intrasmissibile, salvochè per successione.

[Questo preteso patrimonio romano non è che la situazione patrimoniale o finanziaria d'una persona, d'una ditta.

Quanto alla L. 49, D., 50, 16, si potrebbe anche pensare che i *bona* naturali si dovessero riferire al senso nè giuridico nè economico, ma generale e in parte etico della parola, conforme alle disquisizioni della filosofia antica in Cicerone, Seneca, Sant'Agostino. Io credo peraltro che la distinzione iniziale tra beni naturali e civili (*Bonorum appellatio*, etc.), cui nulla corrisponde nel seguito, sia stata interpolata dai compilatori, cui piacciono, com'è noto, queste categorie. Il giureconsulto doveva semplicemente, com'è costume dei Romani, cominciare coll'etimologia delle parole (*Bona ex eo dicuntur*, etc.) e proseguire enunciando il contenuto giuridico].

Ma vi ha di più: nemmeno i crediti per lungo tempo e sin entro l'età dei giuristi classici sono stati intesi dai Romani come parte del patrimonio e ricompresi nei *bona*. Il Pernice ed il Birkmeyer, che ne ha ricalcato più ampiamente le orme, ben segnano lo svolgimento del concetto di patrimonio nelle fonti, in cui se n'ha tracce numerose e visibili. In origine *bona* sono soltanto le cose. Nei più tardi giureconsulti appare la tendenza di ricomprendervi i crediti, cioè le *actiones*, le *obligationes* nel senso attivo, come appare dagli esempi, i *nomina*. La stessa L. 49, D., 50, 16, manifesta lo sforzo di questa estensione: ma l'estensione si rivela pure in una serie di altre leggi (1). Solo ad un certo punto entrambi smarriscono la diritta via: il Pernice ritiene che dietro l'influenza del diritto ereditario siano stati ricompresi nei *bona* anche i debiti (2); il Birkmeyer non ammette una tale estensione, ma si vale in forma più accorta di una idea emessa dal Pernice: i debiti sono stati ricompresi nell'eredità per disposizione positiva delle XII Tavole. Anche questa è una fallace congettura del Pernice. Il compianto autore, forte esegeta, ma facile ad abusare dell'esegesi, si richiamava all'uopo ad alcune costituzioni imperiali: la L. 1, Cod., 4, 2; la L. 26, Cod., 2, 3; la L. 7, Cod., 4, 16, la prima di Severo, le ultime due di Diocleziano.

Ora sarebbe strano che la notizia di un simile precetto decemvirale ci dovesse venire dalle costituzioni imperiali, che esso non fosse mai ricordato dai giuristi classici e dai commentatori delle XII Tavole; più strano ancora in quanto essi considerano come una cosa naturale, organica, direi, inerente per sè al concetto dell'eredità, la responsabilità pei debiti. Che l'eredità obblighi a rispondere dei debiti, dice Ulpiano, L. 8, D., 29, 2, *plus quam manifestum est*, e il *plus quam manifestum est* allude, come è intuitivo e come appare costantemente dagli usi non rari di questa locu-

(1) L. 21 eod.; L. 9, D., 46, 6; L. 1, § 2, D., 42, 8; L. 10, § 22; L. 14 eod.
(2) Pernice, *Labeo*, I, pag. 310 e segg., specialmente 322.

zione drastica, a un portato logico ed organico, non a un parto legislativo (1). Infinite volte i giuristi classici nella trattazione dell'istituto più ricco del diritto privato romano avrebbero avuto occasione di ricordare la fonte positiva di questo precetto.

Se non che le costituzioni stesse enunciate non si riferiscono al passaggio dei debiti, bensì ad una statuizione, il cui carattere è veramente positivo e la cui origine positiva sì direttamente come indirettamente risulta dalle fonti classiche: intendiamo la divisione dei crediti e debiti tra i varî coeredi. È questa una statuizione, come dico, tutt'altro che logica e non conforme ad ogni modo allo spirito romano, che tende piuttosto alla solidarietà. La divisione tra più coobligati è opera sempre della legislazione: così, ad esempio, fu dalla legge introdotta per gli *sponsores*, per i *fidepromissores* e da un rescritto di Adriano per i *fideiussores*. Nulla di strano dunque che le XII Tavole l'abbiano introdotta per i *coheredes*, tanto più che in ordine agli eredi la divisione si presenta con una violenza, direi, della logica e in parte della giustizia superiore a quella con cui si presenta di fronte ai mallevadori. Che il creditore debba dividere la sua azione tra varî debitori, che colui *qui cum uno contraxerit, in plures adversarios distringatur*, è cosa che ai Romani apparve in altri rapporti iniqua e inopportuna (2). È certo questo un benefizio per gli eredi: si potrebbe dire il *beneficium divisionis* accordato ai coeredi, ma si può dubitare se questo benefizio sia stato ben equilibrato col danno del credito. Ma questa divisione non solo si riporta alle XII Tavole per diretta testimonianza di una legge anteriore alle citate, almeno per i *nomina*, la L. 6, Cod., 3, 36, di Gordiano, ma è inoltre strettamente collegata, quale un compimento necessario, con l'*actio familiae erciscundae*, che i giuristi classici fanno di origine decemvirale.

(1) Cfr. Gai., I, 87; Gai., L. 8, D., 23, 1; L. 5, § 2, D., 44, 7. — Ulp., L. 8, § 16, D., 2, 15. — Del resto tale è costantemente pur l'uso di *manifestus*.

(2) Cfr. L. 1, § 25; L. 2, D., 14, 1.

La divisione dell'eredità è quella, come si vede, che ha interessato il legislatore, e, guardando specialmente alla divisione dei debiti e dei crediti, a me parve e pare di rilevare l'intenzione di rompere, persino con una certa violenza, l'antico consorzio agnatizio, l'*erctum citum*, di cui parlano Festo e Gellio. Vero è che la L. 7, Cod., 4, 16, parla di responsabilità dei debiti, ma, come dal tenore della legge si può indurre (responsabili dei debiti sono evidentemente (*evidentissime*) per le XII Tavole *gli eredi*, non i legatari!), il richiamo alle XII Tavole è probabilmente un'illazione dell'autore del rescritto desunta dal precetto che stabilisce la divisione dei debiti tra gli eredi. Non sarà inutile notare che la costituzione 7, Cod., 4, 16, e la costituzione 26, Cod., 2, 3, sono entrambe dello stesso anno 294, e a distanza di meno che due mesi, l'una dell'8 dicembre, l'altra del 13 ottobre, il che rende anche più naturale il pensiero che l'autore del rescritto abbia sempre dinanzi la divisione dei debiti tra gli eredi, e da questa voglia desumere che la stessa legge delle XII Tavole riconosca la loro responsabilità. Del resto l'imperatore non intendeva dichiarare al suo greco interrogante, in questa epoca in cui il diritto romano si espandeva e si fraintendeva in contrade nuove, se non che il principio della responsabilità degli eredi era evidentissimo e costante sino dalle origini del diritto romano segnate da quell'augusto Codice. Che sullo spirare del III secolo una simile massima fosse dall'autore del rescritto direttamente appresa dal testo della legge decemvirale, è cosa ben poco credibile: comunque, se anche la legge decemvirale (cosa che io non stimo affatto) esprimeva un simile precetto, non doveva far altro che ripetere una statuizione sicura e vigente, non sancire un principio nuovo, un portato dell'economia monetaria e capitalistica: il che per quell'epoca è una fisima.

Ma se debiti e crediti passano *ab antiquo* nell'erede, quando nè gli uni nè gli altri erano parte del patrimonio, dei *bona* — e questo riconosce per un'epoca non certa-

mente antica lo stesso Pernice! — la ragione dommatica non può essere che questa: crediti e debiti passano, perchè trapassano i rapporti giuridici, non i diritti, trapassa la situazione patrimoniale, per dir così, non il patrimonio, che è cosa diversa. I Romani lo dicono tanto per i debiti, quanto per i crediti con così chiaro linguaggio che occorre tutto il turbamento recato in questa materia dalle interpolazioni giustinianee e dalla tradizione millenaria per non intenderlo: si succede negli obblighi, nei *commoda et incommoda*, dice Ulpiano, perchè *succeditur in ius demortui;* si succede nei crediti, nei *nomina*, dice Pomponio, perchè l'erede *in* (*omne*) *ius succedit.*

Nelle successioni *inter vivos* non passano peraltro i debiti. Ma se al Ferrini parve questa un'obbiezione contro la mia tesi, è cotesto un abbaglio cui l'illustre uomo fu indotto dal suo pensiero della « evidente analogia e correlazione col diritto ereditario ». Ora la correlazione col diritto ereditario è identica a quella che esiste tra la successione del diritto costituzionale e la successione del diritto internazionale, e come in questa non passano le convenzioni, i trattati, le obbligazioni del territorio che viene annesso (e, si può ben dire, *capite minutus* quanto alla sovranità), così nella successione *per adrogationem* e simili la *capitis deminutio* estingue necessariamente i debiti. Il *paterfamilias* rispetto al nuovo suddito è posto nelle stesse condizioni che rispetto ai sudditi già appartenenti alla famiglia, i quali possono ben acquistare per lui, ma non possono obbligarlo.

L'oggetto dell'eredità nel diritto classico, come appare da queste considerazioni, non ha propriamente nei suoi elementi stessi unità organica: esso oltrepassa il patrimonio. Una cosa è vera: la tendenza è di costringere l'eredità al puro patrimonio; gli elementi in cui essa lo trascende sono rudimenti storico-giuridici, che essa tende ad alterare o eliminare come elementi spurii ed anche il trapasso stesso dei debiti dovrà esser corretto e messo in armonia con la nuova funzione.

7. Con l'estensione subìta nella dottrina giustinianea la *successio* è divenuta espressione generica del rapporto tra l'autore e l'avente causa. Questo rapporto implica che il diritto dell'avente causa è giustificato da quello dell'autore e nulla più. Il designare questo rapporto col termine di *successio* ha trasportato nel campo della traslazione dei diritti singoli il concetto della identità del diritto, che non resiste alla critica, che è tradito nella dottrina stessa dalla distinzione della successione costitutiva e della successione traslativa, e rivela con le numerose eccezioni la sua logica inconsistenza. Di rimbalzo, nell'antica e vera *successio*, dovendosi oramai gli effetti caratteristici spiegare con la *universitas*, è avvenuta nel tempo stesso una trasposizione ed una alterazione. Il passaggio in blocco delle *res* del defunto, il *transire per universitatem*, che era una conseguenza, e non la sola conseguenza, della *successio* (*in locum*, *in ius*) ha preso il primo posto: l'eredità o *successio in ius defuncti*, che significava il subentrare nei rapporti giuridici del defunto, si è trasformata nella *successio universitatis* e *in universum ius defuncti*, che significa la traslazione di una *universitas*.

Che cosa è questa *universitas*? Essa non può altro esprimere oramai se non quello che comunemente è inteso: il complesso dei diritti e degli obblighi che dal defunto trapassano nell'erede. Il *transire per universitatem* nel diritto classico non solo si riferiva all'atto, ma concerneva esclusivamente le *res*: il passaggio dei crediti e dei debiti era un indipendente effetto della *successio in ius*, in quanto questa significava il subentrare nei rapporti giuridici. Ciò non solo risulta da quanto precede, ma le fonti, come vedemmo, lo dicono anche nettamente: Gaio riferisce il *transire per universitatem* soltanto alle *res*, e, se ciò non basta, Ulpiano riconnette direttamente alla *successio in ius demortui* il passaggio dei debiti, Pomponio quello dei crediti, dei *nomina*. Invece la *universitas* giustinianea comprende non solo i crediti, ma anche i debiti, e schiude la

via al concetto novissimo del patrimonio. Il passaggio dei vizî, della buona o mala fede hanno con l'*universitas* una colleganza puramente arbitraria, che noi dobbiamo accettare perchè è diritto positivo, non perchè logicamente derivi dal passaggio dell'*universitas* (1). Così il *per universitatem succedere* assume un significato che è tanto poco in armonia col *per universitatem transire* del diritto classico, quanto con la grammatica latina. L'interpretazione che ne dànno i moderni, interpretazione linguisticamente assurda, ma coerente al pensiero giustinianeo, è succedere nell'*universitas* come oggetto unico e mediante l'*universitas* nelle singole *res*. È una specie di elezione in due gradi alla signoria del patrimonio con l'effetto solito delle elezioni a due gradi: complicar vanamente le cose per ottener lo stesso risultato.

E qui è il nodo della disputa eterna sull'*universitas*. Contro il concetto dell'*universitas* quale un sol tutto, un oggetto unico che si acquista nella sua unità, reagì primo il Brinz, quindi io, nel secondo dei miei studî. Non vi ha (così il Brinz ed io) un *oggetto unico* di acquisto, bensì un trapasso in blocco di un complesso di oggetti, un *atto unico*. In difesa dell'*universitas*, pure assumendo e organizzando nel suo eccellente trattato i risultati dei miei studî sull'*hereditas*, sorse il Fadda. La soluzione vera balza oramai fuori da sè.

(1) Meramente positivo (la tradizione confonde le idee) è il concetto della universalità ereditaria anche nel nostro Codice. I debiti vi sono compresi, perchè il legislatore intende così e perchè tutto l'ordinamento del diritto successorio lo vuole: la buona fede (e solo in ordine al possesso), perchè così vuole l'articolo 693 Cod. civile (cfr. anche l'art. 2137). Si potrebbe dubitare se per avventura l'art. 693 Cod. civile non intenda esclusivamente riferirsi al possesso materiale, alla *possessio naturalis* e reagire al principio romano che negava precisamente il passaggio di questa agli eredi, la quale interpretazione sarebbe favorita dall'art. 925 Cod. civile, che ripete alla lettera in senso inverso la L. 23 pr., D., 41, 1. Ma l'intenzione del legislatore mi sembra favorevole al senso più ampio del passaggio. Cfr. la mia nota inserita nel *Foro ital.*, 1894, pag. 246 e segg. (*La buona fede nell'acquisto de' frutti e per l'esercizio del « ius retentionis »*, in *Scritti giuridici*, vol. II).

Il primo è il senso genuino e classico: *per universitatem transire* indica il passaggio delle cose, e soltanto delle cose, in blocco, *simul*, ὑφ' ἕν.

Il secondo è il senso giustinianeo: *universitas* e *universum ius* significa un insieme di cose, debiti e crediti, che è l'oggetto dell'acquisto ereditario; un insieme al quale i Bizantini hanno inteso attribuire carattere unitario e organico, al fine evidente di agevolare la riassunzione delle particolarità della *successio* sotto l'*universitas*.

Nel diritto giustinianeo il Fadda ha ragione. Quando per altro non si avvertano le alterazioni giustinianee, la dimostrazione di questa tesi in contrasto col linguaggio antico e con le fonti classiche avviluppa in un pelago di erronee deduzioni; si stabilisce un'opposizione tra *omnis* e *universus*, che non risulta da nessun passo di autore latino, tra *omne ius* e *universum ius*, che non si ritrova nemmeno nello stesso linguaggio giustinianeo: si vuol forzare a questo senso il classico *transire per universitatem*; si giunse financo a scorgere netta e recisa un'opposizione di tal genere nella L. 1, Cod., 8, 33 (34):

« Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignor dedit, *ut* universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse ».

Il Huschke (1) così si esprime: « Questa antitesi di *omnia* e *universa* nessun testo lo rivela meglio che la L. 1, Cod., 8, 33 (34). L'imperatore direbbe: « Tu devi sapere che se ti sono stati pignorati i beni, con questo tu hai conseguito soltanto un diritto di pegno su tutti i singoli beni (*omnia bona*), che pertanto tu puoi elettivamente vendere o esigerne l'aggiudicazione, ma non hai conseguito un diritto di pegno su tutti i beni *come* universalità (*ut universa*) ».

---

(1) *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, vol. XX, pag. 20, nota 1.

E il Birkmeyer (1) ritiene la stessa interpretazione. Ma nulla è più istruttivo come il veder subire il miraggio di questa architettata interpretazione, che non urta più contro l'uso lessicale soltanto, ma contro la grammatica, un maestro unico di esegesi, come il Fadda (2). Ora l'*ut* non può essere apposizione di *universa*, come in questa trattazione distrattamente si presume, perchè esso regge *addicantur* e non può fare doppio ufficio (*ut* — *ut universa* — *addicantur*), quindi *universa* (*bona*) ripete *omnia bona* (3). Il passo dice semplicemente per l'appunto quel che si vuol negare e che è la cosa più ovvia e naturale: che il creditore non può esigere l'aggiudicazione imperiale di tutti i beni del debitore (4). Non si sa invece che senso stravagante verrebbe ad avere il testo coll'interpretazione del Huschke: il creditore potrebbe esigere l'aggiudicazione di tutti i beni (*omnia bona*), ma non quella dei beni come *universitas*. Ora che vantaggio vi avrebbe egli, se l'unica differenza pratica è che l'*universitas* comprende i debiti? Il *testo unico* (nessun testo la rivela ecc.), una trovata impossibile del Huschke, sfuma; se occorresse, esso proverebbe in favor nostro per l'equivalenza di *omnis* e *universus*.

---

(1) Birkmeyer, *Das Vermögen*, pag. 34.

(2) Fadda, *Concetti fondamentali*, I, pag. 11.

(3) Cfr. una insistenza analoga nel seguente verso di Plaut., *Trin.*, 171: « Gregem *univorsum* voluit *totum* avortere ».

(4) Nè i Basilici (25, 7, c. 57) davvero dicono cosa diversa. Il creditore deve dichiarare se ha compiuto le solennità prescritte « καὶ εἰ περὶ ἰδικοῦ τινος αἰτεῖ, ἐπείτοιγε πάντως (πάντα Heimb.) οὐ δύναται παντελῶς » cioè alla lettera « e se riguardo a speciale oggetto impetra; giacchè per fermo tutti i beni non può assolutamente ». La traduzione del Heimbach non è, al solito, interamente felice, benchè non propriamente errata: « et an de speciali pignore preces offerat; alioquin omnia bona debitoris iure dominii possidere plane non potest ». Troppe libertà, dubbia forse l'aggiunta *pignore*, meglio *quando* o *quoniam* invece di *alioquin;* per quanto ἐπείτοιγε (alla lettera, forzatamente: « poichè invero io crederei ») sia una di quelle complesse particelle intraducibili della lingua greca. A ogni modo in latino o in greco il testo non vuol dir altro se non che l'aggiudicazione si vuol impetrare per un oggetto speciale; nè data l'ipoteca generale, si può esigere l'aggiudicazione di tutti i beni.

Riassumendo. Alla domanda: « perchè l'erede è tenuto pei debiti, perchè mai è egli responsabile dei vizî del defunto, subisce le conseguenze della buona o mala fede di costui, acquista anche ciò che altrimenti non potrebbe acquistare e coi vincoli e nei limiti stessi che subiva il defunto? », il giurista classico rispondeva: « perchè l'erede succede o succede *in locum*, *in ius*, nella posizione istessa del defunto, perchè insomma, subentra nei rapporti giuridici costituiti in capo al defunto ». Certo questo è il puro concetto dommatico: il fenomeno è riassunto e formulato, non è dato il motivo genetico e finale. Ma dal punto di vista dommatico vi ha quel tanto che si vuole: la sintesi chiara, logicamente inoppugnabile di un complesso di fenomeni. Dal punto di vista storico la spiegazione è, a mio avviso, nella genesi, che io suppongo dell'eredità; ma l'interpretazione storica e finale è pel giurista un di più. Se non che, una volta generalizzato il concetto della successione ad ogni trapasso, una volta creata l'*universitas* per distinguere il trapasso ereditario degli acquisti singolari, la spiegazione ci viene a mancare anche dal lato logico e dommatico. Alla domanda stessa i compilatori giustinianei rispondono: « perchè l'oggetto dell'acquisto è l'*universitas*, l'*universum ius*, non le cose singole ». Ma che l'*universitas* debba produrre quei mol-

---

I vecchi giuristi e Cuiacio non presero abbaglio (cfr. Cuiacio nei varî passi, in cui si riferisce a questa legge, per es., *Rec. sol. ad Cod. l. VIII, tit. XXXIII* (ed. Modena 1781, vol. IX, pag. 1160): « Ex generali autem hypotheca nunquam Princeps creditori addicit universa bona, quamvis universa ei pignorata sint, etc. »). Del resto che la *impetratio dominii*, ricorso estremo e, più che anomalo, straordinario del creditore pignoratizio al soglio imperiale, sia stata assoggettata a questo limite non deve apparir mirabile: piuttosto è mirabile che di questo limite i trattatisti moderni non facciano motto espresso.

[Il Fadda nelle lezioni sulla *Teoria del negozio giuridico*, Napoli 1909, pag. 61-65, è tornato a difender vivacemente l'interpretazione fantastica del Huschke. Essa è insostenibile: il lessico, la grammatica, il diritto e il buon senso la condannano. Cfr. *ad abundantiam* Gl. *ad. h. l. Omnia bona:* « id est si omnia bona obligasset, tunc non posset omnia iure dominii petere »].

teplici effetti non è punto logico; è una statuizione legislativa, positiva; è il legislatore che pone e disegna questo concetto dell'*universitas* ogni volta che si tratta non più di spiegare, ma di sancire nei casi particolari una delle conseguenze che esso vuol riassunte nell'*universitas*. Nella frase posta in bocca a Papiniano: l'erede subisce i vizî del defunto, perchè « in ius *omne* defuncti succedit », il perchè ha oramai un valore legislativo, non logico. Dal punto di vista del ragionamento non si comprende che l'*universitas*, il patrimonio del defunto, debba trar seco gli oneri, le responsabilità, le qualificazioni subbiettive dei rapporti in testa al defunto; e i moderni che hanno voluto dare al concetto un valore logico, un significato sublime, supporvi financo una conquista storica dell'antico popolo dietro la pressione del capitalismo, e una mirabile prerogativa del diritto romano, mirabile perchè profonda, profonda perchè oscura, si sono messi in una via senza uscita. Su di un concetto convenzionale la mente lavora a vuoto.

È la terra che poggia sugli omeri di Atlante: la credula fantasia non dice dove poggi Atlante. Con ciò non si nega l'efficienza giuridica del concetto assunto dal legislatore: anche il giurista deve troppe volte inchinarsi al ferreo *credo, quia absurdum est*. Ma come il teologo in simili contingenze fa appello al *quia* della rivelazione, così il giurista si deve richiamare alla norma sancita: un'entità che sovrasta all'ingegno umano, una legge positiva nell'un caso e nell'altro. Voler ragionare e costruire l'incomprensibile e l'assurdo è uno sciupìo miserando di forze intellettuali.

8. L'opera di Giustiniano è un'opera di legislazione e di dottrina insieme. E se come legislatore io ritengo pur sempre che egli vada annoverato tra i grandi benefattori dell'umanità, come teorico (volendo riassumere simbolicamente nel suo nome la più grande opera legislativa) egli impresse alla compilazione i vizî del genio e delle scuole greche. Con le scuole elleniche la concezione metafisica fa

la prima volta la sua comparsa nel diritto ed usurpa il posto delle realistiche e logiche deduzioni della giurisprudenza romana. L'impossibilità di rapporti tra padre e figlio aveva sua radice necessaria nell'organizzazione della famiglia romana: ed ora, proprio ora che siffatta incompatibilità, ruinata quell'antica organizzazione, è un mero storico rudimento, spunta fuori la mistica *unitas personae*. L'unità patrimoniale dell'antica famiglia spiega l'acquisto necessario dei soggetti al *paterfamilias:* ora il figlio è la *viva vox* del padre, una specie di suo rappresentante naturale. La *successio* o *successio in ius* spiega logicamente, almeno dal punto di vista dommatico, il trapasso dei crediti e debiti, l'identità dei rapporti nel defunto e nell'erede; ora si crea l'*universitas* o l'*universum ius*, un'astrusa concezione, che turba altresì la realistica ed economica nozione del patrimonio. L'erede classico è un successore nella posizione giuridica del defunto quale era costituita in testa al defunto, e in via subordinata e limitata un esecutore delle volontà ad esso imposte: ora egli è il continuatore della personalità del defunto, *una quodammodo persona cum defuncto*, come il figlio ed il padre sono una stessa persona. Par quasi di sentire nell'elaborazione dei dommi giuridici non pure lo spirito della metafisica, ma l'eco delle dispute teologiche e dei dommi di fede, in cui lo stesso popolo esercitava una così intensa e così sottile forza di pensiero appunto nel periodo che corre dalla ruina della latinità nella fosca notte del III secolo dopo Cristo all'elevazione di Giustiniano.

Postilla I. — Il mio collega Longo in uno scritto *Sull'hereditas concepita come universitas* (negli *Studi in onore di C. Fadda*, vol. I, pag. 125-138) ha desunto una interessante riprova dei concetti qui svolti dal linguaggio bizantino e in particolare dei Basilici, nel quale tutto il peso della frase *in universum ius* si trasporta decisamente dal *ius* all'*universitas:* anzi il *ius* spesso scompare nella tradu-

zione dei testi del *Corpus iuris* e l'erede diviene un successore *in universum* o nell'*universitas*: διάδοχος εἰς ὁλόκληρον, ὁμάδος, καθ' ὁμάδα. Nella versione greca della L. 3 pr., D., 37, 1, legge resa guasta e scorretta dalle alterazioni dei compilatori tendenti a insinuare il nuovo concetto dei *bona*, la classica *successio in ius* non è tradotta, ma è fusa colla precedente *universitas*. Ai testi citati dal Longo aggiungo il preziosissimo scolio in Harmenopuli *Man. leg.*, V, 8, 55.

Una persistenza, direi quasi, incosciente e automatica dell'*universitas* osservo anche nel Perozzi, il quale pure accetta tutte le mie interpolazioni (*Istit.*, II, § 195, pag. 353 testo e nota 1). L'erede, egli dichiara, acquista i beni in blocco « nell'unità che costituiscono ». E in nota soggiunge: « Appunto perchè si acquistano come unità, l'erede subentra anche in diritti che il defunto non poteva alienare ad alcuno, come, ad es., nella proprietà del fondo dotale, ecc. ». Ora è la mera consuetudine e la consueta dialettica formale quella che spinge a ripetere che l'acquisto in blocco, l'acquisto di una fantastica unità, che in realtà non è e non può essere se non una collettività, abbia effetto diverso dall'acquisto di diritti singoli: come acquisto universale la eredità non dovrebbe produrre effetti diversi dalla donazione universale. Ma il vero è che l'eredità non opera nel diritto romano un acquisto, bensì una *successio* o piuttosto l'acquisto delle *res* è distinto dalla *successio*. Certamente nella legislazione di Giustiniano essa è concepita come l'acquisto di un'*universitas*, e i testi interpolati ragionano come fa il Perozzi: ma che l'acquisto dell'*universitas* ereditaria comprenda quegli effetti è oramai, come ho dimostrato, tradizione e statuizione positiva, non logico effetto. Noi siamo tenuti a rispettare i precetti del legislatore bizantino e del nostro; non siamo tenuti a sragionare con loro.

IX.

La formazione scolastica della dottrina dell' " universitas „ (1).

1. In una memoria pubblicata negli *Studi in onore di Vittorio Scialoja* intesi dimostrare che il concetto dell'*universitas* per rappresentare l'eredità quale un oggetto unico di acquisto e spiegarne i particolari fenomeni, principalmente il succedere nei debiti, trapassò nella compilazione giustinianea dalle scuole elleno-orientali, ma era straniero alla giurisprudenza classica, la quale in modo più adeguato e realistico riassumeva quelle particolarità, dichiarando che l'erede subentra nella posizione giuridica del defunto, *succedit*, *succedit in ius*, *in locum et ius*.

La mia dottrina ebbe anche l'adesione sostanziale di Vittorio Scialoja (2). Nondimeno lo Scialoja muove alla teoria nella sua radicale opposizione tra il diritto classico e il diritto giustinianeo talune obbiezioni, le quali, aprendomi nuovi spiragli, mi offrono il destro in parte di corroborare, in parte di fissar meglio nel tempo il sopraggiungere del concetto dell'*universitas*.

2. Una prima obbiezione dello Scialoja concerne la base verbale, l'opposizione tra *omnis* e *universus*, tra *omnia bona* e *universa bona*, che io reputo straniera alla lingua latina

(1) Dai *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, vol. XXXIX, 1906, pag. 277 e segg. con note aggiunte e postille finali.

(2) Nelle sue *Lezioni sul diritto ereditario*, anno 1904-1905. (Mi riferisco nel seguito alle due compilazioni, l'una del dottor Pulvirenti, l'altra dei dottori Secchi e Biamonti; vedi pag. 102 e segg. della prima, pag. 92 e segg. della seconda).

ed al pensiero dei giureconsulti. Ora, nota lo Scialoja, « è una esagerazione l'affermare che *universitas* significhi soltanto tutto insieme, *simul omne*. Tra *omnis* e *universus*, anche nel linguaggio classico una sfumatura di significato c'è; non che si debba dire con la teoria dominante che l'*universitas* costituisca un'unità ideale diversa dal contenuto dato dai diritti singoli; ma una certa unità vi ha pure nei rapporti costituenti l'*hereditas*, ed è data dalla correlazione che essi avevano col titolare defunto e che avranno col nuovo titolare ». Il pensiero è giusto; ma non è di questa unità di relazione, la quale nasce dall'esser i rapporti incentrati in un subbietto, che io ragiono, nè essa è significata dall'*universus* più che dall'*omnis*. È giusto pure che una sfumatura tra *omnis* e *universus* si senta: ma questa sfumatura, almeno nella latinità classica, è puramente retorica, e in sostanza irrilevante; onde avviene che i due termini anche nel nostro oggetto si scambiano liberamente. I termini *omnes*, *universi* esprimono entrambi la collettività, come *totus*, *cunctus* esprimono l'unità: con questo peraltro che *universi* esprime la collettività in senso enfatico, assoluto, fino all'ultima unità, significa *ad unum omnes*, *ἅπαντες*, *sämmtlich*, tutti quanti, tutti insieme, tutti fino ad uno, come suona l'etimologia. Credo inutile addurre esempi (1). Noto solo due usi, l'uno prettamente retorico, l'altro interessante per una ricerca giuridica di fondamentale importanza in un campo diverso dal nostro. Il primo è il seguente: l'antitesi tipica *singuli*, *universi*, è precisamente l'antitesi *ad uno ad uno* e *tutti quanti*, *tutt'insieme*,

(1) [Basta uno sguardo ai classici. Il valore enfatico del vocabolo spiega la frequenza di esso nel latino dei retori, degli autori cristiani e della decadenza: i classici, come i giuristi, l'adoperano solo con un preciso intento: così quando Gaio (1, 3) dichiara che colla designazione di *populus* « *universi cives* significantur connumeratis etiam patriciis », e similmente che la *lex Hortensia* ebbe a sancire « ut plebiscita *universum* populum tenerent ». *Tutti quanti* i cittadini, *tutto quanto* il popolo; non la sola plebe!].

tutti in blocco, in massa (1). Si osservi specialmente questa antitesi ne' rapporti relativi a una collettività, a un complesso di oggetti: la vendita in massa o *per universitatem*, la locazione in blocco, *per universitatem* o *per aversionem*. Non si dirà certo che in questi rapporti si crei un oggetto unico. L'altra è il concetto dell'*universitas* corporazione. Tale applicazione può sembrare la più grave contraddizione al mio modo di vedere: se non che appunto questo esempio dimostra uno svolgimento parallelo, benchè abbia condotto ad un fine più razionale. Alla finzione astratta dell'unità nelle corporazioni gli antichi non pervennero: era sempre la collettività concreta che essi scorgevano nelle cosiddette persone giuridiche, e nonostante l'immensa diffusione dei collegi e le profonde radici dello spirito di associazione, questo modo di concepire le cose inceppò notevolmente il riconoscimento progressivo della capacità giuridica. Questo concetto penetra ora nella dottrina moderna. Nota anche il Gradenwitz (2) che « il pensiero antico, quale si manifesta anche nella designazione tecnica *municipes*, scorge nella persona giuridica non l'*unità*, bensì la *molteplicità* ».

Proviamoci a tradurre (il tradurre sul serio è sempre un utile esercizio anche per i nostri testi giuridici) la celebre frase di Gaio in ordine alla pertinenza delle cose pubbliche: *nullius in bonis sunt, ipsius enim universitatis esse creduntur* (Gaii, II, 11): per non cadere in una contraddizione in termini (giacchè si ha un bel dire, ma farebbe un curioso

---

(1) [Caratteristico è l'accoppiamento *singuli universi* nella stessa proposizione, gradito specialmente a Livio: per es. *singulos universosque hortari, admonere;* s'intende ora parlando al soldato X, ora arringando la folla.

L'uso introdotto da C. Gracco di ricevere gli amici alcuni singolarmente, altri *cum pluribus*, altri in massa, è significato, esprimendo quest'ultima forma generale di ricevimento col termine *universos:* Sen., *De ben.*, VI, 34, 2].

(2) Gradenwitz, *Zeitschr. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XII (1891), pag. 143.

effetto il sentire questo ragionamento che una cosa è di nessuno, perchè appartiene alla corporazione, e forse parrebbe un'ironia) si dovrà appunto volgere il testo gaiano così: non appartengono a nessuno, perchè sono di *tutti quanti.*

Queste considerazioni, ad ogni modo, valgano quel che valgono. Ma importa aprire gli occhi sul nostro tema: l'*universitas ereditaria non torna mai nei testi classici*, torna abbondantemente nei testi di Giustiniano, costituzioni del Codice e Novelle, negli scolii dei Basilici, in tutte le fonti bizantine. La *successio per universitatem* è interpolata, come appare dal confronto di Giustiniano con Gaio, il *fideicommissum universitatis* è interpolato, come risulta pure dallo stesso confronto, le poche leggi del Digesto appaiono interpolate per ragioni logiche e linguistiche, le sole decisive perchè escludono una *petitio principii*, nè lo Scialoja lo contesta. Non mi par che egli contesti nemmeno l'interpolazione dei passi che contengono la frase *universum ius*, (formula che del resto si scambia con *omne* o *totum ius*), che non è se non un ampliamento della classica *successio in ius;* ma quei pochi testi di per sè sono abbastanza innocui e non avrebbero dato origine al sorgere della dottrina, giacchè potrebbero pure sempre intendersi come espressioni enfatiche, allusive alla « posizione giuridica (*ius* o *locus*) » nel modo più integrale, cioè nel vario complesso dei rapporti *patrimoniali*, *extra-patrimoniali* e *sacri* (1).

---

(1) [In questo senso (io l'osservo per amor del vero, a rischio di compromettere la semplicità delle deduzioni interpolazionistiche) la locuzione *successio in universum ius* non sarebbe assolutamente impossibile. Diventa invece, nel pensiero e nel linguaggio classico, un non senso, quando sia riferita al patrimonio, ai *bona* e intesa come equivalente a *universa bona* o *universitas bonorum*, secondo la concezione giustinianea; sia perchè, ripetiamo, ne' *bona*, non si succede, ma essi si acquistano in blocco in conseguenza della *successio*, sia perchè (e ciò vale per lo stesso diritto giustinianeo) l'erede *pro parte* non acquista *universa bona*].

Il richiamo adunque dello Scialoja, giusto in sè, ma non nella sua tendenza, ci conduce per questa parte a ribadire il nostro concetto.

3. Un altro rilievo dello Scialoja va più a fondo della questione, e se per diritto classico io credo di dover ribattere il punto, per diritto post-classico esso getta una luce nuova sul modo probabile di formazione del concetto ed i suoi tramiti. Secondo lo Scialoja « il concetto dell'*universitas* non esagerato in quella forma scolastica non doveva esser lontano neppure dalla coscienza giuridica classica », ed in una comunicazione privata egli mi spiegò anche più ampiamente il processo logico per cui l'*universitas* già dagli stessi giureconsulti classici sarebbe stata assunta a spiegazione dei fenomeni caratteristici dell'eredità.

Osserva Scialoja: « Dire che l'erede subentra, cioè occupa la posizione stessa del defunto, *succedit*, *in ius succedit*, non spiega nulla, è l'enunciato di un fatto; la vera spiegazione, quella che i Romani porgono del succedere nei debiti, è semplice: l'esser erede. Fa al proposito Gaio, III, 84: « Ex diverso quod is debuit, qui se in adoptionem dedit « quaeve in manum convenit, non transit ad coemptiona- « torem aut ad patrem adoptivum, nisi si hereditarium aes « alienum fuerit: de eo enim, *quia ipse pater adoptivus aut* « *coemptionator heres fit*, directo tenetur iure, is vero, qui se « adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, desinit esse « heres ». Ma se Tizio risponde dei debiti *perchè è erede*, si può ben dire che risponde *perchè acquista l'* « *hereditas* »; ma l'*hereditas* si può ben chiamare nella sua correlazione al titolare una *universitas*, ed ecco che l'erede succede nei debiti, perchè acquista una *universitas* ».

Mi par certo: questo dovette essere il ragionamento delle scuole post-classiche: la via di formazione del concetto che lo Scialoja mette in luce: ora non poteva far questo ragionamento così logico e filato lo stesso giurista classico?

Non lo fece e non poteva farlo.

Non lo fece: il vizio di cui lo Scialoja accusa la mia spiegazione è precisamente, dal punto di vista classico, in quella da lui proposta: essa ripete un fatto sicuro e non lo riassume sotto un concetto, un ordine di fatti più largo. Gaio non vuol dire che l'erede è tenuto pei debiti perchè è erede. È un fatto che l'erede è tenuto pei debiti: una norma sicura, non un concetto; ma qui si tratta di spiegare perchè il padre adottivo, il quale non risponde dei debiti che gravano sul patrimonio dell'arrogato all'atto dell'arrogazione, ne venga a rispondere allorchè trattasi di debiti ereditarî. Ora Gaio non dice « perchè l'erede risponde dei debiti », la quale sarebbe una dichiarazione abbastanza banale e, quel ch'è peggio, aberrante, perchè non risolve il dubbio; dice precisamente « perchè *diventa lui* l'erede », « quia *ipse* heres fit », cioè, nonostante che l'eredità sia stata adita dal figlio adottivo prima dell'arrogazione, e quindi si potrebbe intendere confusa oramai col patrimonio dell'arrogato, pur nondimeno all'atto dell'arrogazione l'arrogatore stesso assume la qualità di erede. Questo era, il punto da rilevare, in quanto offre veramente la spiegazione del fenomeno; e non è un momento banale e intuitivo, anzi un punto assai grave e che dà a pensare anche indipendentemente dall'argomento che ci occupa (1).

Nè poteva fare quel ragionamento il giureconsulto classico. Ma gli argomenti per cui ciò si dimostra corroborano appunto l'idea che le scuole post-classiche dovevano farlo. Il pregio della spiegazione riposta nel *succedere*, *succedere*

(1) [Io credo che la cosa non si spieghi se non tenendo presente il nostro concetto dell'eredità.

Se l'eredità fosse, nel diritto romano, un diretto acquisto patrimoniale si potrebbe obbiettare al ragionamento gaiano, ch'essa oramai si è confusa nel patrimonio della persona che viene arrogata e quindi l'arrogatore non è tenuto a rispondere de' debiti ereditarî, come non è tenuto a rispondere in generale dei debiti inerenti al patrimonio dell'arrogato. Ma il vero è che l'acquisto ereditario dipende dall'acquisto della qualità di *heres*, la quale in questa speciale *successio per adro-*

in ius è che essa ha un valore generale, quindi concettuale, non si restringe all'eredità, ma si estende a tutte le successioni *per universitatem* o universali, cioè alle successioni del diritto classico. In tutte le successioni del diritto classico si subentra nella posizione stessa dell'antico titolare, nei rapporti giuridici più che nei diritti, nella vendita, nell'usucapione iniziata o compiuta, nella buona o mala fede, nei vizî del possesso, e finalmente nei debiti, salvo particolari ostacoli che escludano il succedere in qualche rapporto, come avviene per i debiti e per *tutti* i debiti, anche *intra vires*, nelle prische successioni universali tra vivi. Il *succedit* o *succedit in ius* non è predicato solo per i debiti, è predicato altresì per subentrare nell'usucapione, nella furtività, nel possesso clandestino, nell'inalienabilità del fondo dotale, ecc.

Ma quando nell'epoca romano-ellenica l'eredità è in sostanza la sola vera *successio* che si salvi dal naufragio, quando viceversa il nome della *successio* fu esteso dalla dottrina alle cosiddette successioni a titolo particolare, è naturale che la formula « perchè è erede, o perchè acquista l'eredità » potesse essere assunta a spiegazione del fenomeno, alla pari della formula « perchè succede », *anzi che dovesse esser preferita assolutamente a questa seconda*. I due termini, infatti, coincidevano, si può ben dire, nella sfera di applicazione alle successioni universali: ma il secondo, data la estensione alle successioni *particolari* e la sua conseguente alterazione di significato, dava luogo a gravi equivoci; l'eredità non era più, oramai, la *successio*, ma per

---

gationem, che di per sè non obbliga ai debiti, rivela la sua efficacia singolare anche rispetto al nuovo successore. Se, infatti, Tizio, erede di Caio, trova mescolata nel patrimonio di questo l'eredità di Sempronio, poco importa il dire che egli diventa erede di Sempronio, perchè a ogni modo dei debiti di questo risponde come erede di Caio; ma se Tizio succede a Caio *per adrogationem*, e questi era successo a Sempronio per eredità, allora, poichè dei debiti di Caio egli non risponde, ha ben importanza il dire che lui stesso diventa erede di Sempronio ed è per ciò che risponde de' debiti inerenti all'eredità di Sempronio].

distinguerla si era dovuta costruire come *successio universitatis* o *per universitatem* e il termine *successio* generalizzato era divenuto un sinonimo o un aspetto dell'*adquisitio*. Il risultato è quasi matematico: l'*hereditas* è una *successio universitatis*, cioè una *universitatis adquisitio* (1), quindi obbiettivamente una *universitas*, e alla *universitas* vengono riferiti quei fenomeni che effettivamente oramai non sono più proprî della *successio*, bensì della *successio universitatis*. Certo, venendo a concepire una *universitas* la quale comprende necessariamente i debiti, si dimentica che le altre successioni *per universitatem* i debiti non li comprendono, e il vizio non è lieve, perchè, riferita questa particolarità all'oggetto, la deviazione non si spiega; ma queste altre successioni universali erano morte o moribonde: l'eredità era invece un vasto sistema che s'imponeva. Gli istituti affini potevano essere schiacciati dalla dottrina trionfante, come sono schiacciati nella tradizione romanistica, che non assegna loro nessun posto nel sistema dei rapporti patrimoniali.

4. Ma questi rilievi sul processo di formazione del concetto mi traggono ad ogni modo ad indietreggiare un poco nel tempo. Ripeto: non credo che si debba risalire alla giurisprudenza classica in nessun modo. L'*universitas* è nuova di zecca rispetto ai giuristi classici ed il ragionamento del giurista non si poteva basare sull'obbietto, mentre s'impernia in un modo così logico e realistico sul concetto del *succedere in ius*. Ma questo riportare la formazione dell'*universitas*, come io faceva nel mio studio, esclusivamente alle scuole orientali, allo spirito greco, alla speculazione meta-

(1) [Si ricordi sempre: nel diritto classico (basta confrontare l'esposizione gaiana) la *successio* produce *tra i suoi varî effetti* l'*adquisitio per universitatem* delle *res corporales* e *incorporales*, cioè di tutti gli elementi attivi del patrimonio, ma non significa *adquisitio per universitatem*, e questa non solo non è l'unico, ma nemmeno il più caratteristico effetto della *successio*].

fisica, è in parte una esagerazione. Essa è il portato dell'estensione del diritto romano a tutti i popoli dell'Impero e della elaborazione provinciale del diritto: è il risultato spontaneo delle cose più che un eccesso speculativo. Se interi rami dell'albero superbo in questa trasmigrazione cadevano, era naturale che i superstiti dovessero subire una deformazione. All'interpolazione che i testi di Gaio relativi alla successione, ora successione universale, hanno subìto nelle Istituzioni di Giustiniano fanno riscontro le interpolazioni esplicative che lo stesso Gaio ha subìto per opera di un umile maestro di scuola nella Gallia alla metà del V secolo. Gaio nella sua lunga trattazione sul fedecommesso universale (II, 246-259) parla sempre di *hereditas* (*hereditatem restituere*, *recipere*, etc.), e distingue l'obbligo di restituire *totam hereditatem* o *pro parte*, *dodrantem*, etc. Ora ecco la disquisizione teorica intercalata nei frammenti di Autun.

Fragm. Augustodun. §§ 61-63: Universitas ubi hereditas directis verbis relinquitur: sing[ulae res ubi per] legata singulas res relinquit. Sed universitatem in omnibus r[estituit et qui] dimidiam videtur restituere. Ergo et si dicat, « rogo ut [heres vice]simam partem hereditatis restituat » universitatis di[citur fideicommissum]. 62. *Universitatis dicimus, idest iuris eo ipso quod pars aliqua* [*hereditatis re*]*stituitur*. Q..... r.... pars..... si singulas res relinquat, id est si singillatim relinquat, *etiam si totum* [*patrimo*]*nium*, *non dicitur universitatis fideicommissum*, sed singular[um rerum fideicommissum]. 63. P..... post..... quid intersit inter universitatis fideicommissum et singular[um rerum fideicommissum]. Qui tres agros habet in patrimonio suo et dicit: « Titiu[s heres esto » et a]dicit « rogo te, ut, cum adieris hereditatem, illum e[t illum agrum illis] restituas », licet pene totum patrimonium reliquerit, [non erit] universitatis fideicommissum, sed singularum rerum..... [*si pars*] *aliqua hereditatis relinquitur per fideicommissum*, *dicitur universitatis fideicommissum*.

Qui si ha tutta la teoria dell'*universitas*! Tutti gli elementi della dottrina tradizionale vi si rispecchiano: l'eredità è divenuta un'*universitas*, il *fideicommissum hereditatis* è un *fideicommissum universitatis*, l'*universitas* è sempre *universitas* anche nel fedecommesso parziale, cioè il tutto si riscontra anche nella parte, e persino par fare la sua prima apparizione l'*universitas iuris* dei commentatori!

Il frammento e il confronto non potrebbero essere più suggestivi e decisivi!

Postilla I. — La forma troppo misurata e conciliante di questa nota nella quale io mi trovava in disputa col mio Maestro e cedeva su quel che mi pareva non essenziale, è stata causa di equivoci. Essa ha dato modo al Fadda (*Teoria del negozio giuridico*, specialmente pag. 67 e segg., § 55), di tornare ad insistere che l'*universitas* non è un concetto romano-ellenico, nè un domma giustinianeo, ma classico; essa ha indotto anche un acuto civilista, il Corte-Enna, il quale non soltanto accolse, ma svolse con felici applicazioni le mie dottrine, a ritenere che con le ammissioni fatte in questa nota io abbia indebolito di molto il concetto e arguirne che già nel diritto classico l'eredità costituisse trasmissione diretta del patrimonio come un complesso di attività e passività dal defunto nell'erede, che il concetto, insomma, dell'*universitas* fosse già nato ai tempi di Paolo e di Ulpiano (v. Corte-Enna, *L'« animus novandi » e l'art.* 2056 *del Cod. civ.* in *Riv. di dir. civile*, vol. IV, anno 1912, specialmente pag. 825 e segg., nota 1). Dall'altra parte nel nuovo Corso di V. Scialoja sul *Diritto ereditario romano*, 1913-1914 (Roma, Athenaeum, 1915, pag. 89 e segg.), è appuntata la mia tesi di esagerazione, e debbo ritenere (poichè anch'io distinguo tra diritto classico e diritto giustinianeo), anzi mi par di leggere, che l'appunto di esagerazione derivi dal supposto che il mio studio *La « successio in universum ius » e l'« universitas »* abbia per assunto di riferire la creazione dell'*universitas* a Giustiniano persona o all'epoca sua.

Ora la mia concessione (che io avrei potuto risparmiare perchè non mi ero espresso inesattamente nel mio studio, ma soltanto, salvo brevi e chiari accenni (v. pag. 277 e pag. 304-305), non avevo troppo insistito sulla fonte delle dottrine giustinianee) di dover indietreggiare un poco nel tempo (v. sopra, pag. 314, n. 4), si presta effettivamente a fallaci induzioni. Conviene non prendere abbaglio: il medio evo del diritto romano non comincia con Giustiniano; esso è cominciato già nel III secolo, o al più sul principio del IV, dopo la crisi della romanità e del predominio italico, che si può segnare quasi ad una data fissa con l'anno 235. Nessuno pensa (ed io stesso, ripeto, lo dichiaravo apertamente nel mio primo studio sull'*universitas*, specialmente in fine) che le nuove idee trasfuse nella compilazione di Giustiniano siano nate con lui o formatesi nella generazione che precedette quell'imperatore; l'età di Giustiniano o degli ἥρωες sarebbe stata l'epoca di più intensa elaborazione nella vita dell'umanità! Ciò che importa è che le idee formulate dall'oscuro ripetitore delle Gallie non sono classiche: non soltanto tra la sua terminologia e quella del suo autore, ma tra il suo modo di concepire e quello di Gaio c'è un abisso, quell'abisso che esiste tra il pensiero realistico dei classici e la concezione metafisica del diritto: il tutto, *totum patrimonium*, oramai non è l'*universitas*!

Questo quanto alla data. Più fiacca e non esatta è poi la mia parola, in questo scritto, circa la formazione della teoria, in cui, nelle forme almeno, concedo troppo e debbo tornare alla più recisa espressione del mio primo studio. Gli eventi hanno bensì preparato la trasformazione, gli eventi con la loro spinta hanno dato la ragione storica della teoria dell'*universitas*, ma *la sua elaborazione teorica non può esser che opera delle nuove influenze elleno-cristiane*. La speculazione antica, sana o malsana, pagana o cristiana, è tutta ellenica. Che il risultato di questa speculazione in due secoli sia pervenuto nelle Gallie non può far meraviglia. Nessuna terra

dell'occidente ha d'altra parte subìto le influenze elleniche al pari della Gallia meridionale: e precisamente Autun era un centro di studî fiorenti nell'epoca post-classica, ove giunsero a stabilirsi e naturalizzarsi dotti greci, come quel famosissimo Eumenius, principe dei retori nell'êra diocleziano-costantiniana, cioè sulla fine del III secolo e sul principio del IV (v. per tutti Teuffel, *Gesch. des röm. Lit.*, V, ed. V, 11, § 391, e Pauly-Wissowa, VI, 1, pag. 1105-1114).

D'altra parte l'*universitas* ormai cade da tutte le parti. Circa l'*universitas* nel senso di corporazione in seguito al mio scritto nel 1908, Hugo Krüger in una recensione all'opera del Binder sulla personalità delle corporazioni, inserita nella *Z. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XXIX (R. Abth.), sottoponendo a breve esame i testi, svolse l'idea che essa sia un pensiero giustinianeo, mentre nel diritto classico la parola non significava se non la collettività dei *municipes;* il mio discepolo Albertario, poi, intende dimostrare che *universitas* nel tema delle persone giuridiche è senz'altro interpolato dai compilatori, anche dove pareva al Krüger genuino. Per conto mio soggiungo che il tradurre *universi, universitas*, anche là dove il termine è genuino — come in ordine al *populus* e ai *municipes* — nel senso della persona giuridica rende assurda tutta la teoria e l'evoluzione dei rapporti inerenti, specialmente per quel che concerne le *personae incertae* in tema di eredità, e balordo il ragionamento: *universi consentire non possunt* (Paul., L. 1, § 22, D., 41, 2; cfr. Ulp., L. 1, § 1, D., 38, 3); *universi cernere, pro herede gerere non possunt* (Ulp., *Reg.*, 22, 5) non si può tradurre se non: *tutti quanti.* Lo stesso Albertario si propone di dimostrare interpolata altresì l'*actio de universitate* come qualifica della *hereditatis petitio*, e le sue comunicazioni orali mi hanno interamente persuaso. E poichè anche la famigerata *universitas facti* ha la sua base terminologica in un testo pure interpolato (L. 70, § 1, Dig. *de usufr.*, 7, 1), è chiaro che siamo dinanzi ad una vasta e sistematica alterazione dei testi classici che non concerne soltanto la

terminologia, ma dimostra una nuova e crescente organizzazione dei concetti e degli istituti giuridici, meritevole certamente di rispetto, nonostante alcune aberrazioni di pensiero, e meritevole altresì di essere nuovamente studiata dal lato dommatico così per quel che concerne la teoria delle cose, come per la teoria della persona giuridica sulla base delle interpolazioni scoperte e di un più esatto apprezzamento del linguaggio classico.

Postilla II. — Data l'importanza che ha la parola per la soluzione di molteplici quesiti storico-giuridici, che vanno al di là della famigerata *universitas* ereditaria, crediamo opportuno di ampliare anche la documentazione della voce *universus*, per quanto esempi caratteristici ne siano stati addotti a più riprese nei luoghi debiti (v. sopra, pag. 268-269 e pag. 308-309). Dagli esempi parrà chiaro a chi voglia leggervi, ed alcuni sono evidenti anche a chi non vuol leggervi, che l'*universus* nel linguaggio classico almeno intende designare la collettività in senso enfatico, l'unanimità, ma non mai l'organica unità.

È sempre con una voluta enfasi che gli scrittori classici usano le seguenti espressioni: *universus senatus*, *universus populus romanus*, *exercitus; universa respublica*, *contio*, *legio*, *acies; universi populi*, *universi cives; universae centuriae*, *gentes*, *universum nomen romanum*, *latinum*, etc. Lo scambio con l'*universitas*, familiare agli scrittori della decadenza, non altera il senso: così l'*universitas populi* (Macr., *Sat.*, II, 7, 5); *civium* (Macr., *Sat.*, VII, 1, 12); *exercitus* (Macr., *Comm. in somn. Scip.*, I, 7, 6); nell'ultimo testo l'*exercitus* condotto in campo da Agamennone non è *universitas*, perchè manca il solo Achille! È il senso dell'*universitas* di Paolo e Ulpiano, non quello di Giustiniano e nostro, in tema di corporazioni. Similmente la *plebes* non è *universa*, perchè una parte di essa è al campo (Liv., VI, 6). Nelle ovazioni, dice Masurio Sabino, seguono il vincitore non i soldati, ma tutto quanto il senato, *universus senatus* (Gell.,

Noct. Att., V, 6). Velleio ci presenta tutto quanto l'esercito che giura (VELL. PAT., II, 20, 4) e altrove tutta quanta l'assemblea che si accende d'entusiasmo (VELL. PAT., II, 32, 1); e similmente tutta quanta l'assemblea, *concio universa*, seguì Scipione l'ultimo giorno che egli comparve in Campidoglio, abbandonando il tribuno (GELL., *Noct. Att.*, IV, 18). Per la reiterata celebre invettiva di Scipione Emiliano (Silenzio, figliastri d'Italia — io vi ho qui condotti in catene) *universus populus ab uno correptus est — et tacuit* (VAL. MAX., VI, 2, 3). Tutta quanta la città, *universa civitas*, scese al porto incontro ad Alcibiade (CORN. NEP., *Alcib.*, 6, 1). *Universi vates*, *universi scriptores* consentono a cantar le lodi di un solo (QUINT., *Decl.*, VI, 21); la differenza tra *Comitia e Concilium* esposta dal giureconsulto Lelio Felice è che in questo si convoca una parte del popolo, in quelli tutto quanto il popolo (GELL., *Noct. Att.*, XV, 27).

La gioia fa erompere tutti quanti in grida e lo stupore fa tutti quanti rimanere attoniti: *universi clamamus* (PETR., *Sat.*, 40, 1); *attonitis admiratione universis* (PETR., *Sat.*, 63, 1). *Adsunt*, *queruntur Siculi universi* (CIC., *Div. in Q. Caec.*, IV, 11); tutti quanti esultano e plaudono, *universi exultantes comprobassent* (SUET., *Aug.*, 53); erompono tutti quanti in un grido, *clamorem universi tollerent* (CAES., *B. G.*, III, 92, 5). Nerone si offre nel circo agli occhi di tutto quanto il popolo, *universorum oculis in circo maximo se praebuit* (SUET., *Nero*, 22); tutti quanti si ringalluzzirono, *crevit animus universis* (L. CAEC., *De mort. pers.*, c. 46). Costoro non insultano me, ma tutti quanti voi, *vos universos*, esclama Cicerone. Catone fa la proposta di cacciare prima i filosofi ambasciatori (il Carneade di Don Abbondio e i suoi compagni), poi tutti quanti i Greci, *universos Graecos* (PLIN., *Hist. nat.*, VII, 30 (31), 112); lo stesso Catone usa lo stratagemma di spedire nello stesso giorno un ordine insidioso a tutte quante le città spagnole (FRONT., *Strat.*, I, 1, 1). Talvolta non si può beneficare un solo o alcuni, se non rivolgendo il benefizio a tutti quanti, *universis* (SEN., *De ben.*, IV, 18, 6; VI,

19, 3). Il terzo o i due terzi di un fondo, ben coltivati, dice l'agronomo, rendono più che tutto quanto il fondo (Col., *De re rust.*, IV, 3, 6); il figlio assorbe tutto quanto l'affetto della madre, *universos occupavit adfectus* (Quint., *Decl.*, XVIII, 7).

Sertorio conclude la plastica spiegazione della propria strategia (che è quella di Bonaparte) ai Lusitani con la massima: perde chi si cimenta con tutte quante le forze del nemico, *universas vires:* vince chi le consuma separatamente, *lacerabit et carpet... per partes* (Front., *Strat.*, IV, 7, 6). Non trovereste oggi in un solo, esclama Livio, questo spirito di moderazione e di giustizia, che mostrò allora il popolo tutto quanto: *universi populi fuit* (Liv., IV, 6).

La Spagna, già dominata in parte e contrastata, *varie possessa et saepe amissa partibus*, fu assoggettata tutta quanta, *universa*, dall'imperatore Augusto (Vell. Pat., II, 38, 4); a tutta quanta la Spagna accordò Vespasiano la latinità, che parimente era già stata elargita a varie terre spagnole: *universae Hispaniae... Latium tribuit* (Plin., *Hist. nat.*, III, 3 (4), 30). *Universae Achaiae libertatem D. Nero dedit:* a tutta quanta la Grecia, mentre per lo innanzi erano libere solo alcune città (Plin., *Hist. nat.*, IV, 6 (10, 22).

La *lex* — a differenza del *privilegium* — *ad universos pertinet* (Gell., *Noct. Att.*, X, 20). All'uscita strana dell'oratore con una parola antiquata, che nessuno intende, gli ascoltatori si guardano in faccia ammutoliti, poi tutti quanti scoppiano dalle risa, *universi riserunt*, come s'egli avesse parlato *tusce aut gallice*, cioè turco (Gell., *Noct. Att.*, XI, 7); i 306 Fabii perirono tutti quanti, *universi*. A unanimità è *universorum sententiis*. (Cfr. Amm. Marc., XXVI, 4, 3).

Una sortita in massa, una irruzione in massa si esprimono: *universi eruptionem tentavere* (Plin., *Hist. nat.*, VIII, 7, 21); *universi* o *universa multitudo impetum fecerunt, fecit* (Cic., *De or.*, I, 10, 42; *De off.*, II, 7, 26; *in unum;* sul solo Epaminonda: Corn. Nep., *Epam.*, 9, 1). Tutti insieme a stento, *universi aegre*, raggiungevano il numero di 600 tra fanti e

cavalli (Liv., XXXI, 41). Nerone fanciullo ebbe a subire anch'egli le sue ingiustizie: istituito erede per un terzo dal padre, non ebbe nemmeno questa parte, *correptis per coheredem Gaium universis bonis*, tutti quanti i beni (Suet., *Nero*, 6): donde si vede, come dalla L. 7, D., 48, 20 cit. di Paolo, che *universa bona* rappresenta tutto l'asse ereditario e che l'*heres ex parte* non è pertanto *heres in universa bona* o *in universum ius*, intesa la locuzione in questo senso; come Giustiniano e i suoi commentatori la intendono!

Un sudor freddo mi invade tutte quante le membra: *per universa membra frigidus sudor emanabat* (Apul., *Metam.*, X, 10). *Id illa univorsum abripiet;* se lo succhierà tutto quanto (Ter., *Phormio*, 45: il peculio del povero schiavo raccolto *unciatim*). Il giureconsulto Cascellio in carica di Pretore osa negare l'azione in generale nel suo Editto per tutte quante le concessioni dei triumviri, *universa eorum beneficia extra omnem ordinem legum ponens* (Val. Max., VI, 2, 12).

L'etimologia evidente di *universi* non vuol esprimere l'unità, la conversione organica della molteplicità *in unum corpus*, bensì la collettività nel senso più completo, l'unanimità, *usque ad unum*. Trattandosi di significato e d'uso, non di etimologia, anche gli antichi grammatici hanno visto giusto: Svetonio distingue *omnis*, *universus* e *totus* (Suet., *Dep. lib. rel.*, a queste voci): « *omnes:* quorum mentio est; *universi:* quasi in unum versi; *totum* soliditatem significat ». Più significativo è che, in opposizione a *totum* « omne *universitatem significat* » perchè, salvo l'enfasi, il senso di *omnis* e *universus* non è diverso. Gellio pure ha un passo che sembra un'allusione all'etimologia illustrativa del significato, secondo il gusto degli antichi: si dice che sien periti tutti quanti, sino all'ultimo: *eosque universos ...ad unum omnes interisse* (Gell., *Noct. Att.*, XVII, 12). Finalmente un passo di Cicerone è quasi pur esso un rilievo grammaticale dell'uso della parola: *Haec loquor de universis. Nihil excipit de quo non profiteatur. Quid enim esse potest extra universa?* (Cic.,

Acad., II, 23, 73). Per *omnia* si sarebbe potuto ripetere con Svetonio: *quorum mentio est.* In sostanza peraltro, ripetiamo, il senso fondamentale è identico e la diversa sfumatura è un colorito retorico. I classici della letteratura confermano quanto ci risulta dai classici della giurisprudenza: il valore organico, unitario, talora mistico di *universus* e derivati ne' varî istituti giuridici, è un prodotto romano-ellenico. Siamo davanti a concezioni e formazioni giuridiche nuove.

X.

Il testamento nel diritto comparato. Germi veri e false analogie (1).

Sommario: 1. I criterî della comparazione giuridica. — 2. Le vere analogie col testamento romano. — 3. Le false analogie. La διαθήκη ellenica. — 4. Testamento e primogenitura.

1. In qualunque ordine di fenomeni che si svolgono nel tempo, o appartengano al mondo organico o al mondo superorganico e spirituale, come la lingua, l'arte, il costume, le istituzioni economiche e sociali, il significato attuale di un dato elemento è la guida più fallace per rintracciarne l'origine vera. Ogni studio comincia nella sua prima e ingenua fase a seguire, in mancanza d'indizî diretti sulle fasi trascorse, questa guida; ma l'abbandona non appena è costituito a scienza. L'indagatore ricerca allora nell'analisi minuziosa delle forme esteriori, decomponendo le parti principali e accessorie della struttura, nella successione cronologica, che questa stratificazione suggerisce, il segreto delle origini e a un tempo stesso il criterio più felice per la valutazione del fenomeno nella sua essenza e nella sua fase presente.

Con piena coerenza a queste premesse, anche le relazioni e affinità storiche tra varî elementi si debbono apprezzare non alla stregua della corrispondenza di significato e di funzioni, bensì in quella di forme e di struttura: ciascuna sa che le parole che si corrispondono quanto al senso in

(1) Dal *Filangieri*, 1905. È la seconda parte dell'articolo: *L'origine dell'« hereditas » dalla successione sovrana e le critiche al concetto*, con aggiunte. V. anche in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. VII 1895, pag. 161, n. 1.

lingue diverse hanno spesso una formazione e una storia profondamente diverse.

2. Se io debbo pertanto ricercare in territorî diversi i germi o gli istituti analoghi al testamento romano, debbo farlo laddove mi si offrono elementi analoghi di struttura. Ora la struttura del testamento romano, prescindendo da qualunque induzione circa l'origine sua, mi presenta questo tipo fondamentale: la designazione di una persona col titolo di *heres*, la quale persona solo in conseguenza del titolo è chiamata a raccogliere il patrimonio, ad assumere le responsabilità del defunto, a conservare il culto e tutelare i sepolcri. Questa persona è di regola un solo tra i figli del defunto: egli solo è *heres*, gli altri, onorati spesso di legati, sono però *exheredes*.

Questa designazione e questa scelta io le ritrovo nel diritto comparato, le ritrovo nella famiglia primitiva anche fuori del diritto romano, ma solo in relazione al trapasso dell'autorità e della dignità di capo della famiglia. Io invoco per gli esempi e gli istituti paralleli, che, se non sono il testamento, considerando la struttura paiono costituire i prodromi del testamento, i germi corrispondenti onde uscì l'istituto romano, una delle maggiori autorità del diritto comparato, il Post.

Ecco le parole di questo infaticabile raccoglitore e coordinatore del più vasto materiale del diritto comparato (ometto le sue citazioni in nota che ci pongono dinanzi la geografia e l'etnografia di tutto il mondo):

« L'eredità gentilizia, nel pieno vigore della costituzione gentilizia, coincide col passaggio della carica di capo familiare da un subbietto all'altro. In questo passaggio anche l'amministrazione del patrimonio gentilizio trapassa nelle mani del nuovo capo familiare..... In quella vece in una costituzione gentilizia decadente o fiacca l'eredità e la successione nella sovranità familiare fino ad un certo grado si scindono. L'eredità appartiene a determinate persone del

gruppo, e il capo familiare ha soltanto diritti di amministrazione che più o meno limitano la disposizione dei membri sulle loro quote.....

« Nella famiglia di schietto tipo patriarcale succede di regola solo una persona, cioè il nuovo *paterfamilias*. Questi entra al possesso della sua carica o per tacito riconoscimento o per elezione o per successione ereditaria. Il tacito riconoscimento e l'elezione sembrano (rispetto alla successione ereditaria) essere le più antiche forme, e l'una insensibilmente si trasfonde nell'altra.

« UNA FORMA INTERMEDIA TRA L'ELEZIONE E L'EREDITÀ APPARE LA NOMINA DEL SUCCESSORE PER OPERA DELL'ATTUALE CAPO FAMILIARE.

« Se la sovranità familiare è ereditaria, abbiamo due sistemi principali: o il membro più anziano di tutto il gruppo è il successore (sistema Tanistry), ovvero successore è il figlio primogenito: talora, viceversa, il più giovane. Al primogenito trapassa specialmente anche il lato pubblico della sovranità patriarcale » (1).

Ma tanto è naturale una siffatta istituzione che la si vede spuntare anche presso popoli in cui la primogenitura è in

---

(1) V. POST, *Grundriss der ethnolog. Jurispr.*, I, 1894, pag. 211, 216 traduzione ital., pag. 186, 190).

Semplicemente per mostrare come i fatti conducano forzatamente alle stesse illazioni, ecco come io formulava nel 1891 la stessa tripartizione del POST (V. *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, vol. IV, 1891, pag. 104; *Scritti giur.*, I, pag. 111-112):

« Quali sono le primarie forme di designazione del sovrano?

L'esame dei fatti ci mostra le seguenti:

I. Quella che può dirsi la *designazione naturale*. È sovrano colui che alla morte del predecessore si trova ad essere l'ascendente maggiore, ovvero il primogenito nei gruppi agnatizî, ovvero, nei gruppi più vasti, il primogenito di un gruppo minore.

II. La *designazione elettiva* in varî modi. Per esempio, i membri del gruppo o un'assemblea composta dei singoli capi dei gruppi che compongono un'agglomerazione maggiore si eleggono il sovrano.

III. La *designazione fatta dal precedente sovrano* o *designazione del predecessore*. Nei popoli orientali questa designazione assume la forma sacra della *benedizione solenne* ».

fiore: la si ritrova nella Bibbia sotto forma di benedizione, come oggi, per esempio, al Marocco; la si ritrova nella nazione apparsa di recente sulla scena della nostra civiltà, e certamente quella che ebbe meno che vedere con la civiltà latina: i Giapponesi.

L'antica famiglia giapponese è agnatizia. Succedeva il primogenito, ma talora accadeva che, nonostante quest'ordine regolare, il padre designasse un altro figlio a successore: i figli cadetti o esclusi abbandonavano la casa o restavano sotto l'autorità del capo e mantenuti da lui; la tutela non esisteva perchè sostituita da questo potere. Meritano anche pel carattere della successione di esser riferite le parole dello studio relativo al diritto giapponese di Friedrichs e Kohler (1). Nell'antico diritto giapponese « era la regola che il figlio primogenito, maschio o femmina, ereditasse il patrimonio paterno, proseguendo la casa e il nome della famiglia..... Tuttavia se il figlio primogenito era una femmina, il padre, interrogati i parenti, poteva diseredarla e fare erede il più anziano de' suoi fratelli. Il figlio erede... era *paterfamilias* patriarcale. I figli non eredi uscivano di regola dalla casa non portando seco nulla, se non abiti, biancheria ed un piccolo corredo..... Ma se non riusciva loro di trovare asilo in una casa straniera, essi erano mantenuti dall'erede, non divenendo però giammai condomini del patrimonio...

Un diritto testamentario [io direi, dal punto di vista romano: il diritto testamentario dei legati] e una legale successione *ab intestato* nella linea collaterale è ignota ai Giapponesi..... Il diritto ereditario giapponese considera la famiglia, il suo mantenimento e la sua prosecuzione come la cosa principale, le persone sono unicamente il mezzo a raggiungere questo alto fine. *Il giapponese non si domanda quindi come noi: « A chi perviene il patrimonio*, di cui non

(1) Nella *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. X, 1891, pag. 369 e seguenti.

ha più mestieri il defunto? », bensì: « *Chi continua la carica* (*das Amt*) *del defunto?* » (1).

3. Ma quegli stessi autori i quali non veggono nel diritto comparato l'istituto onde uscì il testamento romano, la designazione da parte del predecessore — senza adozione, perchè esercitata nella cerchia stessa della famiglia — istituto diffuso anche al dì d'oggi in una così vasta zona di popoli, dalla Cina al Marocco, dalla Polinesia al Congo, nella famiglia e nello Stato, nella forma sacra della benedizione o in mille forme profane, quegli stessi autori, dico, sempre in nome del diritto comparato, tornano ad asserire che il testamento, questo nazionale e primigenio istituto sin dove rimontano le nostre memorie tra i lontani e barbari Quiriti (2), dovesse far la sua comparsa con l'emergere della civiltà, debba anzi di essere stato accolto all'influenza greca, e come in Grecia, come in ogni altro

---

(1) [Circa la successione del diritto giapponese v. anche Weipert, *Jap. Fam. u. Erbrecht* in *Mitt. des d. Ges. für N. u. Völkerk. Ostasiens*, V, 1890, pag. 127-131 e ora pagine stupefacenti per l'analogia organica generale con l'antico diritto romano, non solo nelle sue fasi preistoriche, ma nelle sue stesse fasi e vicende storiche più minute, in Nobushige Hozumi, *Lectures of the Japanese Civil Code*, 2ª ediz., Tokio 1913, e *Ancestor Worship and japanese Law*, Tokio 1913. Il primo scritto, in una edizione precedente è stato tradotto da Maria Scialoja e pubblicato nella *Rivista di dir. civile*, vol. II, 1910, pag. 308 e seguenti; del secondo scritto il capitolo relativo alla successione, è stato tradotto dal mio discepolo G. Castelli, in *Filangieri*, 1913, con una introduzione e postille, che richiamano l'attenzione sopra le singolarissime analogie col diritto romano. Il Castelli attende alla versione dell'intero volume].

(2) Esso figura nelle XII Tavole in un'epoca, se non barbarica (io la credo tale), certo non civile, esso figura nelle più antiche leggende del popolo romano: Proca lega il regno a Numitore, escludendo Amulio (Liv., I, 3), Demarato testa a profitto di suo figlio, ignorando il postumo figlio del primogenito Arunte, che prese il nome di Egerio (Liv., I, 34), e si accenna al testamento di Anco Marzio (Liv., *ibid.*). Il fatto stesso che il testamento nella sua più antica forma si deve fare davanti ai comizi, adunati non dal console, ma dal *pontifex maximus*, erede del *rex sacrorum*, il quale è alla sua volta continuatore del *rex*, mostra che il testamento risale all'epoca regia.

popolo, fosse lecito nelle origini solo in assenza di eredi legittimi (1).

Ma dove mai il diritto comparato, dove mai il diritto greco ci mostrano un testamento? Mostratene, di grazia,

---

(1) Un comparatista fervente ed acuto, il LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris 1903, t. I, pag. 411-501, alla luce degli insegnamenti della storia comparativa, si prova lungamente a dimostrare la modernità del testamento nel diritto romano, l'impossibilità che esso fosse già consacrato dalle XII Tavole, la sua derivazione dalla pretesa *adoptio in hereditatem* (terminologia latina di conio dei comparatisti, che dal lato storico fa *pendant* alle numerose regole dommatiche spurie coniate da Bartolo e bartolisti), ecc. [V. anche, da ultimo, gli stessi preconcetti in KOOIMAN, *Fragm. iuris Quirit.*, Amsterdam 1914, specialmente pag. 73]. Simili preoccupazioni sono anche latenti nel FERRINI (*Pandette*, pag. 736 n.). Mi sia lecito nondimeno rilevare un punto in cui il romanista *egregie cordatus* risorgeva nel Ferrini contro il comparatista. A pag. 744, n. 1, delle sue Pandette egli così si esprime: « A me pare indubbio che l'ufficio del testamento sia sempre stato il medesimo: quello di designare il successore universale. Tale funzione riesce anche più chiara nell'ipotesi del Bonfante. A mio avviso, quindi, non fanno retto uso della comparazione coloro che negano al testamento primitivo tale carattere (ad es. Cuq), ovvero che suppongono che l'intento si raggiungesse con l'artificio dell'adozione (cfr., dopo altri, il Sohm) ».

Fino a qual punto possa giungere la falsificazione del diritto romano in materia di successioni, per questo cieco uso del diritto comparato, lo rivela in modo maraviglioso uno scrittore francese, il quale, per dimostrare che i Galli non avevan testamento, nota che Cesare non dice che i Druidi avessero giurisdizione sui testamenti, bensì sulle eredità. Ora (soggiunge lo scrittore): « César qui parle toujours la langue d'un historien exact sur tous les points qu'il traite dans ses précieux Commentaires s'est exprimé ici *comme les jurisconsultes, qui le plus souvent appellent hereditas la succession ab intestato ou légitime et testamentum la succession déférée par la volonté de l'homme* (!!??) ». E peggio, s'è possibile, in nota: « CICÉRON, *Top.*, VI, *prend ce mot pour exemple d'une définition: hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec est testamento relicta* ». Nel testo di Cicerone l'ultima parte suona veramente così: « *nec* LEGATA *testamento nec usucapione retenta* »: ma via, anche se vi si leggesse *relicta*, il *diritto romano* ci obbliga a riferir l'inciso ai legati e non all'eredità testamentaria. L'autore è BOISSONADE, *Hist. de la réserve héréditaire*, Paris 1873, n. 172, pag. 157 e nota.

In un altro luogo lo stesso autore asserisce con faccia sicura che il testamento romano è un'importazione greca: *ils l'ont évidemment emprunté ou imité des Grecs* (pag. 63).

nell'epoca greca UNO SOLO! Qualunque significato si voglia attribuire all'istituzione di erede, è dessa l'essenza del testamento romano. L'atto che non contenga se non mere assegnazioni patrimoniali a causa di morte è nell'antichissimo diritto romano nulla, sarà un codicillo a datare dall'Impero.

Ora ci offre il diritto comparato mai, ci offre il diritto greco, da cui si pretende imitato il testamento romano *una istituzione di erede?* Povero Vico, come è prepotentemente rinnegata la tua *degnità* di « non giudicare dalle cose presenti le remote e lontane », come, soggiungo, di fronte al carattere appariscente della funzione la struttura passa in non cale! Schulin, romanista e comparatista di vaglia, in uno studio sul testamento greco paragonato al romano (1) non esita a classificare le varie specie di testamenti greci nel seguente modo:

1° testamenti con adozione;

2° testamenti *con istituzione di erede* senza adozione;

3° testamenti *senza istituzione di erede* con assegnazioni particolari di beni.

Sfuggiamo un momento al miraggio di questa classificazione *recepta* (2) — le due prime specie, che sole c'interessano, si soglion convertire in due fasi universali succedentisi — e guardiamo ai documenti.

I testamenti con adozione non contengono precisamente che adozioni *in articulo mortis*. È l'adozione, εἰςποίησις, che invece di essere compiuta tra vivi si compie per atto di ultima volontà; o, se si vuole, si hanno due atti, l'adozione e l'assegnazione dei beni.

Quanto ai pretesi testamenti *con istituzione di erede*, per trovare in essi l'istituzione d'erede bisogna, per ripetere un usato paragone, come per trovar la coppa del Faraone nel sacco di Beniamino, fare una cosa sola, semplice per vero:

(1) SCHULIN, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*, Basel, 1882.

(2) Cfr. anche BEAUCHET, *Hist. du dr. privé de la rép. athénienne*, 1897, vol. III, pag. 691 e seguenti.

mettercela. Così come sono, essi non contengono che mere assegnazioni di *tutti* i beni. Si adducono, e furono anche oggetto di uno studio speciale da parte del Bruns (1) i sei testamenti dei filosofi, Platone, Aristotele, Teofrasto, Epicuro, Stratone e Licone, riferiti da Diogene Laerzio. Ora le dichiarazioni regolari di questi testamenti sono: Io do, io lascio tutte le mie cose, ovvero questo dispongo in ordine alle cose mie, questo dispongo e lascio: *πάντα δίδωμι, πάντα καταλείπω, δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα, τάδε διατίθεμαι περὶ τῶν κατ' ἐμαυτόν, τάδε διατίθεμαι καὶ καταλείπω.*

Un altro testamento, pur esso noto nel suo testo, scoperto nell'isola di Tera, non contiene se non le stesse forme: *τάδε διέθετο, ἀπολείπω*, ecc. Dello stesso tenore è un altro testamento dorico scoperto nel paese dei Bruzzi, l'iscrizione di Petelia: *Σάοτις δίδοτι Σικαινίαι τὰν Ϝοικίαν καὶ τἄλλα πάντα.*

Come si vede, è il carattere universale delle disposizioni, per usare il nostro linguaggio, che le fa collocare in una rubrica distinta e usurpare il titolo augusto dell'eredità romana: e così una istituzione greca, unica nel nome e nella sostanza, perchè non istà tutta nel letto di Procuste delle categorie romane, ecco che con tutta disinvoltura si spezza, si classifica in due, scavando tra le due l'abisso che esiste nel diritto romano tra l'eredità da un lato e le donazioni a causa di morte o i legati dall'altro, che qualunque processo di alchimia storico-giuridica non potrà ridurre ad esser la stessa istituzione! E questo si chiama, questo è per tutti il testamento greco comparato al romano! Credo che contro un siffatto modo di snaturare gli istituti giuridici non avrò mai abbastanza gridato, credo che se la penna corre talora vivace nel giudicare questo uso della comparazione, coloro che hanno lume di logica e sanno resistere ai preconcetti e alle facili illusioni, messi innanzi a questa contraffazione patente, che gira attorno e mi si

---

(1) Bruns, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, vol. I (anno 1880), pag. 1 e seguenti.

volge sempre contro con la marca del diritto comparato, mi perdoneranno.

Ma le recenti scoperte dei papiri hanno ampliato le nostre cognizioni sul diritto greco. Ora nei testamenti non romani, sia dell'epoca greca, sia dell'epoca romana, conservatici dai papiri, l'istituzione di erede esula sempre. Come erede per noi moderni, così κληρονόμος pei Greci è chi acquista i beni, ma il testatore greco gli assegna i beni, non lo istituisce formalmente; anzi non lo chiama nemmeno con questo stesso nome di κληρονόμος, che d'altra parte ha senso chiaro e schiettamente patrimoniale, nè si adopera come *heres* a significare la successione sovrana (*heres regni*, *heres imperii*, etc.). Anche altre strane particolarità, fuori di luogo nei testamenti romani, avvicinano quelle disposizioni di ultima volontà alle nostre e alle romane donazioni *mortis causa*. Il testatore comincia con monotona regolarità dichiarando che egli fa le sue disposizioni (τάδε διατίθεμαι, τάδε διέθετο, etc.) sano di mente (νοῶν καὶ φρονῶν) e che intende riservarsi per tutta la vita il godimento de' suoi beni. Indi prosegue: Alla mia morte (ἐάν τι πάθω (πάσχω) ἀνθρώπινον) lascio tutte le mie sostanze (δίδωμι, καταλείπω καὶ δίδωμι, καταλιμπάνω τὰ ὑπάρχοντα, πάντα τὰ ὑπάρχοντα, τά μοι ὑπάρχοντα, τά ὑπάρχοντά μοι καὶ ὅσα ἂν προσεπικτήσομαι), ecc. (1).

---

(1) Cfr. P. Grenf., I (Oxford 1896), pag. 29, n. 12; pag. 2, n. 219; pag. 44, n. 21 (degli anni 148, 126 a. C.); P. Oxy., I, pag. 169, n. 104 (dell'anno 96 d. C.), III, pag. 187, n. 489; pag. 190, n. 490; pag. 193, n. 491; pag. 196, n. 492; pag. 199, n. 493; pag. 201, n. 494; pag. 206, n. 495 (degli anni 117, 124, 126, 130, principio II secolo, 156, 181-9 d. C.); P. Brit. Mus., II, pag. 2, n. 219 (II sec. d. C.); pag. 168, n. 177 (dell'anno 40-41 d. C.); B. G. U., I, pag. 101, n. 86 (a. 154-155 a. C.); II, pag. 136, n. 483 (II secolo d. C.: le forme contrattuali sovrabbondano in questo testamento frammentario); III, pag. 218, n. 895 (II secolo d. C.). Una copiosa messe (ora 19 testamenti), tutti redatti in simile tenore, quasi dello stesso stampo, tutti degli anni 225 o 235 o 237 a. C., si ha in Flinders Petrie P., vol. I, pag. 1-36; n. I-XIX *g*. Cfr., pel testamento di Pachnoubis, *Archiv für Papyrusforsch.*, I (1901), pag. 62-65. Un poco frammentario: P. Oxy., III, pag. 199, n. 493, principio del II secolo. È manifesto, di fronte a questo stato di cose e a questa terminologia, che noi potremmo addurre nello

Mi par chiaro: la successione testamentaria vera e propria, *romana*, non è stata mai conosciuta dai Greci. Una comparazione organica non riassumerà giammai quelle disposizioni sotto il concetto della istituzione di erede, che è quanto dire il testamento romano, ma sotto quello delle donazioni a causa di morte o al più dei legati. Vero successore era presso i Greci e rimase in ogni tempo l'erede legittimo e soltanto questo. La prisca comunità di famiglia fioriva rigogliosa in più paesi dell'Ellade, specialmente dorici, a Creta, a Sparta, nella Magna Grecia; è ricordata persino nella culta Atene al tempo degli oratori attici, ma capo di essa è, come in Oriente, il primogenito (1).

Anche i termini rivelano questa differente posizione di fronte all'erede romano: διάδοχος, διαδοχή designano sempre i cosiddetti successori legittimi, κληρονόμος, termine, come ho

---

stesso senso anche la dichiarazione semplice (non romana) « κληρονόμους καταλείπω », che si ha in altri testamenti: Oxy., I, pag. 171, n. 105 dell'a. 117-137; III, pag. 193, n. 491; pag. 196, n. 492; pag. 201, n. 494; pag. 206, n. 495; in testamenti degli anni 126, 130, 156, 181-189 a. C. — Si noti: le forme istesse δίδωμι, καταλείπω, ecc., tornano nei testamenti romani redatti in greco, *ma precisamente pei legati e fedecommessi:* cfr., per esempio, testamento di Gaio Longino Castore, B. G. U., I, 326, col. I, 17-18; col. II, 17-18. — [Aggiungasi ora: P. Oxy, VII, pag. 175, n. 1034 (II secolo); Pap. Tebtunis, II, pag. 227, n. 381 (a. 123 d. C.). Tipiche sono le συγγραφοδιαθῆκαι, le quali non sarebbero per noi che patti successorî, ma vengono precisamente *designate collo stesso nome e redatte colle stesse formule del preteso testamento, dato che non v'è nel diritto greco distinzione e molto meno opposizione tra* διαθῆκαι *e patti successorî, anzi non sono propriamente due categorie giuridiche diverse.* Simili διαθῆκαι si ritrovano generalmente in un contratto nuziale: cfr. Eleph. Pap., pag. 22, n. 501 (a. 285-284 a. C.); Pap. Gen., pag. 30, n. 21 (cfr. *Arch.*, III, 387)].

(1) V., in ispecie per Sparta, Polyb., *Fragm.*, in *Thim. Hist.*, 6-8; Corn. Nep., *Vita Ages.*, I, 3. Cfr. Jannet, *La constitution sociale à Sparte*, 1880, pag. 89 e seg. — Evitare la divisione del κλῆρος tra più fratelli, per cui tutti si riducevano a vivere sotto l'autorità del primogenito, era una cura del costume spartano, corrispondente in senso inverso a quella del legislatore romano di dividere il *consortium.* [V. Niccolini, *Per la storia di Sparta* (*Le basi della vita economica*), nei *Rend. Ist. Lombardo*, vol. XXXVIII, 1905, pag. 234, n. 4 e seguenti].

detto, schiettamente patrimoniale, è il solo che si adoperi per il successore testamentario. Gli è perciò che nella frase di prammatica διάδοχος καὶ κληρονόμος le due designazioni non sono pleonastiche, ma, come rilevarono il Longo e il De-Ruggiero (1), si richiamano ai due rami della successione. Soggiungo pure una terminologia che mi sembra caratteristica: trovo nei papiri designato l'erede legittimo con la locuzione κατὰ τὴν διαδοχὴν κληρονόμος (2): di fronte ad esso l'erede testamentario naturalmente diviene κατὰ τὴν διαθήκην κληρονόμος.

Si vuole di più? Tanto il testamento romano è straniero ai Greci, tanto esso esula dal concetto della successione che la capacità di testare, cosa per un romano mostruosa, si riassume sotto quella di contrattare (3).

4. E a questo punto io spero di aver dissipato quel tenace equivoco, per cui l'assenza di primogenitura nel diritto pubblico e privato di Roma, che dovrebbe essere un luminoso argomento così per la preminenza del testamento come per l'antico parallelismo del diritto pubblico e privato, mi si ritorce regolarmente come una obbiezione.

Il testamento romano ha per l'appunto la funzione della primogenitura presso altri popoli: designare tra i *sui* il più

---

(1) De-Ruggiero, nel *Bull. dell'Istit. di dir. romano*, vol. XIV (1902), pag. 104 e segg. Per la ripercussione, pur documentata dal De-Ruggiero, nelle tarde costituzioni imperiali, noto anche l'uso di designare col termine *successio* la propria discendenza. Ciascun vede come anche nei termini il pensiero greco corrisponde al nostro pensiero antiromano di usare la parola « erede » come sinonimo di « figliuolo », celebrare la nascita dell'erede, ecc., laddove i Romani avrebbero parlato al più di un *domesticus heres*.

(2) B. G. U., 3, 907, 13.

(3) Is., 10, 10: Παιδὸς γὰρ οὐκ ἔξεστι διαθήκην γενέσθαι, ὁ γὰρ νόμος διαῤῥήδην κωλύε παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν.

Si sa poi che il testamento greco non conosce il principio: *Nemo pro parte testatus*, il diritto di accrescimento e simili; insomma non ha nulla dell'organismo del testamento romano! [V. lo studio seguente: *Le affinità giuridiche*, ecc.].

degno, il più adatto a reggere la famiglia. Anche in questo i comparatisti tradiscono il diritto e le fonti romane: non solo in diritto romano è perfettamente lecito istituire erede il *suus*, ma nell'immensa maggioranza degli esempi concreti, così nelle fonti letterarie come nelle fonti giuridiche, l'erede istituito è per avventura un figlio: e nondimeno ecco che essi si figurano costantemente il testamento come destinato a chiamare l'estraneo, ad aggregarlo in origine alla famiglia.

Considerate le due istituzioni, testamento e primogenitura, nella loro essenza genuina (anche la primogenitura degenera in progresso di tempo nel noto istituto della primogenitura feudale o del maggiorasco), l'emergere dell'uno è correlativo al difetto dell'altra e viceversa. Così nella logica, così nella storia: *et nullum testamentum*, dice Tacito dei Germani (1), ma poco più sotto osserva che la *familia*, i *penates*, i *iura successionum* « *excipit maior natu* » (2). Primogenitura e designazione sono anche nel fato storico istituzioni correlative, e mentre così l'una come l'altra, finchè il gruppo rimane unito, finchè si trasmette una carica sovrana, alla quale coi diritti sono inerenti anche gli obblighi verso i diseredati, adempiono una funzione sociale essenziale, evitano una divisione fatale all'esistenza e alle finalità del gruppo, nella disgregata e atomistica società civile appaiono entrambe egualmente repugnanti come sanzioni dell'iniquità e strumento dell'arbitrio.

Tenendosi stretti al domma « vero successore è il *suus*, il testamento è escluso in presenza di *sui* », i fautori dell'opinione dominante non si accorgono di trasportare nell'età primitiva istituzioni della civiltà matura e decadente:

---

(1) Tac., *Germ.*, 20.

(2) Tac., *Germ.*, 32. — In questo secondo passo per vero Tacito ragiona dei Tencteri; ma la particolarità ch'egli nota in ordine ai Tencteri non è che succeda quivi il *maior natu*, bensì che tra i *iura successionum* si noverino i cavalli e li riceva non, *ut cetera*, il primogenito, bensì il più fiero e prode in guerra (*prout ferox bello et melior*).

il figlio unico o l'orbità. Data la prolificità, non temuta, ma desiderata nell'êra primitiva e patriarcale, come si procede in caso di più figli? Primogenitura no; il diritto romano vi si oppone! Testamento no; vi si oppone, si dice, il diritto comparato! E allora? Ad ogni morte, ad ogni successione, la disgregazione è fatale, inevitabile! Mercè l'alleanza del diritto romano e del diritto comparato il vuoto è fatto in una istituzione, sotto qualunque forma la si voglia porre, indispensabile ed esistente in fatto nella società prestatuale. Par proprio l'alleanza della giovane e della vecchia, intente con la stessa cecità a strappar capelli bianchi e capelli neri, secondo i gusti di ciascuna, sul capo dell'*homo aetatis mediae* troppo amato da entrambe!

XI.

Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco (1).

Sommario: 1. Occasione del presente scritto. — 2. Il vero stato della scienza circa i rapporti tra il diritto romano e il diritto greco. — 3. Il problema della successione. — 4. I termini della controversia col prof. G. De Sanctis. — 5. Il contenuto e i principî fondamentali del testamento romano. — 6. Il contenuto e i principî fondamentali della διαθήκη ellenica. — 7. Raffronto del *testamentum* e della διαθήκη in ordine alla funzione. — 8. Errori sul tema e valutazione di metodi.

1. L'occasione del presente scritto, cui altri seguiranno, è la seguente:

Io credeva, ed aveva ragione di credere, esaurita ogni discussione col prof. Gaetano De Sanctis, in merito al giu-

(1) Dalla *Riv. di Storia antica*, XIII, 1910. Ripubblico questo scritto, cui diede occasione (come al secondo scritto sui gruppi sociali primitivi) la polemica proseguita su varî argomenti con un noto filologo, eliminando soltanto in questo volume, destinato alla famiglia e alla successione, le parti assolutamente estranee (una lunga nota generale a principio e la trattazione relativa alle servitù), ma lasciando inalterato il carattere polemico, che d'altra parte non mi sembra eccessivo, nè turba l'ordine logico. La ragione non è punto di rappresaglia, ma di mera constatazione. Nella seconda edizione della sua Ἀτθίς, Torino 1912, il De Sanctis, oltre a uno stupefacente travisamento della mia tesi, di cui dirò in un'aggiunta al presente scritto, mi imputa « una rozzezza di forme, a cui fa degno riscontro la grettezza dei concetti e l'assoluta ignoranza della bibliografia » (pag. 57). Ora, poichè nel mio scritto io riferisco le parti impugnate della mia recensione, le risposte del De Sanctis e la mia replica, il lettore avrà modo di constatare se la rozzezza di forme e la grettezza dei concetti e l'ignoranza della letteratura sull'argomento siano dalla parte del filologo o del giurista. Credo di offrire in questo studio, conservandolo nella stessa forma in cui mi uscì dalla penna, salvo alcune lievi aggiunte tra parentesi quadre, un documento che per conto mio la polemica non mi ottunde nè il criterio scientifico, nè il senso morale.

dizio da me pronunciato circa alcune parti essenziali della sua storia riguardanti specialmente le origini del popolo romano e della sua prima civiltà, l'essenza delle sue istituzioni pubbliche e private. Nella mia replica alla sua difesa, pur rilevando per necessità, giacchè l'autore mi aveva trascinato su quel terreno, errori di diritto romano assai gravi (l'autore non è un romanista e ciò non gli torna a vergogna), io curai di non oltrepassare i limiti della correttezza scientifica, come non li aveva oltrepassati, con tutto il profondo dissenso che ci separa, nella mia recensione, e a tal segno fui prudente da risparmiare l'autore quando il suo abbaglio mi sembrava troppo visibile, e non entrava nel quadro dei temi di maggior rilievo da me prescelti nella risposta (1).

Ma il prof. Gaetano De Sanctis non tace e ha dedicato un libro, che si intitola « Per la scienza dell'antichità », a dimostrare la bontà dei suoi modi di ragionamento e a battagliare coi suoi critici. In questo libro sono destinate a me più di 100 pagine (pag. 348-460), che fanno ribrezzo e pietà: sono pagine dettate con la ferocia letteraria di secoli passati, quando le polemiche terminavano al Sant'Uffizio (2).

---

(1) La mia recensione fu pubblicata nella *Rivista di sociologia*, XII, 1908, fasc. II, col titolo: *Tendenze e metodi recenti negli studi storici*, titolo la cui ragione è in questo, che a me pareva e pare che il De Sanctis segua tendenze errate e usi non bene di concetti dominanti e motivi critici di vecchia e nuova invenzione, il cui valore è sempre relativo, come è relativo il valore dei motivi storici in generale. La replica del De Sanctis fu pubblicata nella *Rivista di sociologia*, XII, 1908, fasc. VI, col titolo: *Questioni di storia e di critica;* e nello stesso fascicolo della Rivista è la mia risposta alla sua replica, col titolo: *Questioni di critica storica.*

(2) Il titolo di questa parte è: « Per rintuzzare l'acrisia ». A parte la forma, il De Sanctis si rivela nella sua logica di tipo inquisitoriale, mi duole il dirlo, parente prossimo di quel celebre cardinale che dichiarava bastargli due righe di una persona per mandarla sulle forche: anzi il sistema è notevolmente perfezionato, perchè i suoi capi di accusa sono desunti spesso da ciò che per brevità di stile io non dico: per lui tacere è ignorare: e quanto a me, l'esser seguace del precetto *qui in exponendo plura quam necesse est superfundit addit tenebras*, mi espone facilmente ad essere attaccato da chi ci metta una così forte dose di buona volontà.

Dato il tono cui è disceso il De Sanctis, io sarei veramente esonerato dal rispondere. Ma se il linguaggio del De Sanctis e le sue accuse, in cui per le sue condizioni di spirito egli aggrava i proprî errori, mi lasciano freddo per ciò che riguarda la mia povera persona, e piuttosto triste per la scienza, che di quando in quando offre lo spettacolo di questi stati di esaltazione e presenta di questi tipi inebbriati di se stessi, vi hanno due accuse chiaramente formulate di ordine morale, che mi hanno colpito e fanno che io non possa tacere.

L'una è l'accusa che io gli abbia lanciato « ingiurie, vituperi », la quale ritorna ad ogni pagina; l'altra è l'accusa di aver a tempo e luogo serbato un prudente silenzio, e di essermi nella mia replica trincerato dietro l'impunità assicuratami dalla *Rivista di sociologia* (v. specialmente pag. 394, nota 1, e pag. 420).

Ora quanto alle contumelie io mi guardo bene dal lanciarne contro chicchessia, buono o cattivo, come veramente usa fare il De Sanctis ad ogni passo, il che è certo uno dei tratti poco simpatici del suo temperamento scientifico: meno ancora mi poteva venir fatto di usarne contro uno studioso, di cui, malgrado ogni dissenso e malgrado questa deplorevole diatriba contro di me, io apprezzo tuttavia pur sempre la forza di lavoro e la ricchezza di cognizioni. Di una colpa simile mi duole pertanto di esser sospettato, e tengo a dichiarare che non mi sembra di meritare l'accusa.

Ecco anzitutto il giudizio complessivo da me proferito sul De Sanctis nella mia recensione: « Diciamolo subito, quest'opera s'impone per la notevolissima, se non piena (1), padronanza della materia presa a trattare, una materia senza pari nel campo della scienza. Sulla storia del Pais ha per ora il vantaggio di non offrire, come questa, la mera critica

(1) Questa restrizione concerne le istituzioni giuridiche, circa le quali il mio sospetto di una non piena padronanza di alcune nozioni fondamentali è stato rivelato più che legittimo dalla replica del De Sanctis e da questa seconda edizione di essa.

cogli spunti geniali della ricostruzione, ma un'organica narrazione, illuminata da una conoscenza spesso profonda degli elementi dell'antica civiltà. Il quadro etnologico degli antichi abitatori d'Italia è ricamato con ricchezza e dottrina; e onora particolarmente l'autore il connubio, forse per la prima volta tentato in un vasto disegno, dell'archeologia con la pura filologia; anche il connubio della storia politica con lo studio delle istituzioni, qualunque sia il valore delle vedute particolari dell'autore, è messo in atto con larghezza e intenzione seria ».

« Dove il giudizio deve, a parer nostro, mutare, è per quello che riguarda il metodo critico dell'autore, il complesso delle sue vedute particolari ed il suo atteggiamento inesplicabile di fronte a risultati nuovi sì, ma solidi e largamente documentati ». E nella mia replica: « Concludendo: io ammiro la dottrina del De Sanctis, la passione ed abnegazione con cui compie il suo dovere di studioso: ma stimo in pari tempo che la sua mentalità, il suo difetto di visione d'insieme e di logica coordinazione, la soverchia fiducia in se stesso lo rendano disadatto al grave compito di scrivere una storia di Roma. Per uno scrittore di storia (non dico per uno studioso e per un insegnante di storia che sono, senza ombra d'ironia, cose diverse) egli è persino troppo dotto. Oggi lo storico è a un dipresso come lo statista: dovrebbe essere competente in tutti i rami della vita e dello scibile, il che vuol dire che può non avere alcuna competenza specifica; ma l'uno e l'altro debbono saper scegliere, consigliarsi, coordinare, e anche fidarsi, a rischio di riporre male la propria fiducia. La storia in generale, e, nell'evo antico, la storia di Roma non è più una disciplina meramente filologica; è compito da far tremar le vene e i polsi; e il De Sanctis non ha tremato. Quando io dissi, riconoscendo la sua dottrina, che il suo peccato è l'assenza di umiltà scientifica, non avrei stimato di colpire effettivamente la debolezza fondamentale della sua tempra di scienziato e di lavoratore ».

Non ho ragione, dopo questa replica, di stimarlo men dotto: ma non ne ho nemmeno per crederlo più logico e giudizioso. Il sentimento del De Sanctis che io l'abbia ingiuriato e vituperato, è il frutto evidentemente di un'impressione personale, in lui generata dal perpetuo contrasto ideologico e dalla critica, espressa talora con parole severe: ma quella sua grave asserzione egli non potrebbe documentarla con una sola frase della mia recensione o della mia replica. Pare (non trovo, nè potrei trovar altro) che assai gli sia doluto il mio rimprovero circa l'assenza di « umiltà scientifica », che egli respinge, riportando le frasi dubbiose, che suole usare nel corso dell'esposizione. Io mi riferiva per vero al tono usato da lui nella critica delle altrui opinioni e specialmente al vezzo di dichiarare erronea una tesi plausibilissima o per lo meno opinabile: ma che l'appunto in generale non fosse ingiusto lo manifesta il fatto che anche un benevolo recensente, come il Paribeni, è rimasto colpito dalla maniera dell'autore e si spiega con l'alto valore dell'opera « la sicurezza recisa, anzi *orgogliosa* con cui è scritta » (1). D'altra parte, non dà esempio davvero di umiltà scientifica questa sovreccitazione di amor proprio, e non dà esempio di umiltà questa dichiarazione: « Primo in Italia dopo Giambattista Vico, della grandezza di Roma ho cercato di rintracciare scientificamente e di spiegare le cagioni » (pag. 463). Io comprendo peraltro come in questo stato di animo e con tale opinione di sè ciascuna delle mie critiche gli debba esser suonata come un'ingiuria. Perchè, riconoscendo le qualità dell'autore, ciò che io negava in sostanza era che in lui fosse trapassata la fiaccola di Giambattista Vico; ciò che in lui mi ripugnava era la fiducia soverchia, troppo spesso manifestata con una punta di acredine, nelle sue infallibili applicazioni di motivi storici o ricette storiche di vecchia e nuova invenzione. La tempra del Vico, la nostra magna lucerna storica, io posso riconoscerla nel Pais, ai cui

(1) *Bullettino di paletnologia*, 1907, pag. 236.

motivi critici si è spesso ispirato l'autore in congetture che a me non paiono felici; mi duole di non poterla scoprire nel De Sanctis. Ma, lasciando i morti in pace, è certo che le contumelie, i vituperi, le ingiurie nella mia recensione e nella mia replica non si possono scoprire se non mercè una lente di ingrandimento o piuttosto di deformazione: qualche esempio stranissimo noi ne avremo in questo stesso scritto. Per ora mi sia lecito addurne uno assai semplice: nella questione etrusca l'autore mi rimprovera (pag. 430) di richiamare il Ceci « copiandone persino lo sconcio frasario ». Ora io cito queste due frasi del Ceci: « l'origine orientale degli Etruschi non è più un dato della tradizione, è oramai una dottrina salda »: « l'autore si affanna a gittar ombre dove era prima luce ». Non altro: saranno frasi molto assolute (ma in tono egualmente reciso circa l'origine orientale si esprime pur ora (1909) il Bugge), vivaci, severe: ma dov'è la sconcezza? (1).

Ma più mi sorprende sotto un certo aspetto l'accusa di aver serbato a tempo e luogo un prudente silenzio. Nella mia replica io cercai di raggruppare per brevità, e per abolire lo spirito querulo e polemico, sotto alcuni temi i principali punti di dissenso. Perseguire tutte le minuzie mi era impossibile senza inasprire il tono e crescere la mia replica a una misura maggiore di quella già troppo lunga del De Sanctis. La Direzione della *Rivista di sociologia* non faceva che raccomandarmi la massima brevità ed io ho

(1) Mi permetto di respingere col più assoluto diniego anche una accusa che di rimbalzo mi lancia il De Sanctis. « A tutti è noto con qual violenza egli (il Bonfante) ha sempre sostenuto le sue teorie sul testamento nel diritto romano » (pag. 351). Ora io mi sono occupato in ripetuti studî dell'origine e della natura dell'eredità romana e ho atteso via via a ribattere le obbiezioni che nel frattempo erano state mosse alla mia dottrina, che ha finito col trionfare nel campo dei nostri romanisti. Ma sfido chicchessia a trovare nei miei varî scritti una parola men che riguardosa per i miei critici. La mia maggior violenza è di aver lasciato parlare i fatti, quando essi avevano un linguaggio troppo evidente a favor mio.

procurato di dire più che potevo in poche pagine. Il mio stile sarà sciatto, volgare, come vuole il De Sanctis, ma non è prolisso, e credo che precisamente in quella mia replica la preoccupazione di essere stringato si scorga abbastanza.

Più curioso ancora è che quell'accusa mi venga in casi speciali ribadita là dove io, come vedremo anche nel presente scritto, per non entrare nella pura polemica e per non deviare dai temi propostimi, ho risparmiato il De Sanctis. D'altra parte, se un rimprovero di simil natura mi si dovesse fare, ben più gravemente esso colpirebbe il De Sanctis, che non ha considerato se non una piccola parte dei miei argomenti, scegliendoli dove alla sua veemente passione era possibile torcere le mie brevi parole ad un senso inverosimile e grottesco. A farmi garantire poi o accettare « l'impunità assicuratami dalla Rivista » io non ho pensato nè punto nè poco. Ma la Direzione era nel suo pienissimo diritto di apporre quella nota; qual'è la « Rivista » che possa far durare una polemica in eterno? Bisognerebbe crearne una apposta.

Dato tuttavia questo sospetto del De Sanctis, poichè per le ragioni suespresse io non poteva lasciare il suo scritto senza risposta, mi sono trovato piuttosto imbarazzato.

Doveva io ribattere le infinite e minute accuse ch'egli mi avventa? Avrei fatto opera prettamente polemica e personale, e d'altra parte per rispondere a più di 100 pagine, dovendo mettere i puntini sugli i, a fine di non esser tacciato ora di silenzio eloquente, ora d'ignoranza, dovrei scriverne almeno il doppio (1). Nessuna « Rivista » potrebbe,

(1) Soltanto circa le ingenue accuse d'ordine generale basta riferirle. Secondo il De Sanctis, il mio metodo consiste nel correr dietro a scolastiche sottigliezze, nell'osservare unicamente l'esteriorità degli istituti, le quisquilie formali, dimenticandone la sostanza (v., per esempio, pag. 408, 409, 441, 451). Inoltre: « Il Bonfante studia il diritto come un insieme di formule astratte, prescindendo dalla struttura economica e dalle condizioni reali della vita sociale » (pag. 455: cfr. anche il riassunto delle imputazioni a pag. 460). — Anche come caricatura queste frasi non mi dipingono: a farlo apposta è certo che nessuno storico del

senza suscitare le proteste dei suoi lettori, proseguire una simile polemica, nè io sono uomo da pubblicare un volume « pieno di Marte », come dice l'autore del suo, cioè col puro scopo di litigare, e in ultima analisi per difendere una recensione.

In queste condizioni mi è parso che la via moralmente più corretta e scientificamente più decorosa e utile fosse la seguente: distribuire i capi di accusa del De Sanctis in una serie di temi di storia romana, di diritto romano e greco e archeologia italica e dedicare a ciascuno o a ciascun gruppo uno studio apposito in forma di nota o articolo.

Questa via ho adunque scelto: e nonostante il riguardo necessario alle opinioni ed agli errori del De Sanctis, specialmente nei primi articoli, la discussione sui singoli temi sarà da me condotta pacatamente e piuttosto freddamente, evitando la menoma nota polemica: io sarò costretto bensì, a scanso di malintesi, a riferire testualmente il ragionamento integrale del De Sanctis e a dar rilievo ai punti

---

diritto romano s'è occupato al pari di me dell'organismo interno degli istituti e (felicemente o no, ciò per ora non rileva) della struttura economica della società. Pur troppo il De Sanctis porta la stessa serietà e maturità di criterî e manifesta la stessa felicità di giudizio nella sua storia!

Quanto alle accuse contro il mio stile sciatto, volgare, anzi plebeo, tronfio e retorico, senza sapore di italianità, con eleganze da causidico, non posso in nessun modo difendermene per due ragioni evidenti: che non posso esser giudice del mio stile, cioè del mio io, e non aspiro ad esser modello di bello scrivere. Il giudizio altrui su questa parte sembra non sia così negativo come quello del De Sanctis: ciò mi conforta e mi basta. Io non miro che all'ordine dei concetti e alla chiarezza; poichè questo m'impone un sentimento d'onestà e un doveroso riguardo al lettore e al pregio del suo tempo. Secondo il precetto di Giulio Cesare, io ho per massima di fuggire come uno scoglio le voci oscure ed usare costrutti semplici: venir fuori con una parola od una frase al fine unico di *épater le bourgeois* mi ripugna. Non dico che questo sia il difetto del De Sanctis, ma certamente a scriver la parola *reduplicazione* per *duplicazione* a me parrebbe di ingoiare una medicina, e anche la formazione logica di questa parola non mi sembra molto corretta.

salienti nella stampa: ma nel ragionare sulle cose non turberò lo spirito del lettore con querimonie e commenti alla forma usata dal De Sanctis.

Ciò posto, il primo gruppo di temi che mi propongo di svolgere concerne le affinità giuridiche greco-romane, ossia l'analisi della struttura di quegli istituti, in ordine ai quali il De Sanctis afferma ed io nego la dipendenza del diritto romano dal diritto greco, o in genere il comune fondamento dei due diritti. È questa la parte sotto ogni aspetto più severamente giudicata dal De Sanctis, il quale così si esprime (pag. 405): « La parte meno felice dello scritto del Bonfante è (non sorprenda questa mia asserzione) quella che si riferisce al diritto. La conoscenza che egli ha e sa di avere *dei testi* concernenti il diritto privato romano insieme con la sua pratica scarsa del diritto greco, privato e pubblico, e scarsissima della lingua greca, col difetto di critica e di senso storico e con l'usuale dilettantismo per cui, quando gli capita, si vale coraggiosamente di pessimi materiali raccolti di seconda mano, fa sì che la sua audacia nell'affermare cose prive di fondamento, la violenza nel sostenere le sue affermazioni e nel redarguire chi la pensa diversamente, non abbia più limiti. È un vero dogmatismo, così fanatico da far impallidire la famigerata *rabies theologorum* ».

Vedremo dove sia il teologo, che ragiona sulla base di presupposti di fede, e dove sia la *rabies*. Simile giudizio è ribadito più oltre (pag. 448): « Scadente assai più di ciò che precede, e non è dir poco, si dimostra anche nella replica del Bonfante la parte che concerne il diritto privato. Monumentale è qui la sua audacia nel negare verità di fatto per la non finta ignoranza di testi antichi e di scrittori moderni; anche più monumentale l'audacia nel far passare agli occhi dei profani, in piena buona fede e per la sola ragione già addotta, come " errori elementari ", di diritto di un " pericoloso dilettante ", dottrine che hanno il suffragio di giuristi eminenti. Comico è, tra i numerosi e gravi errori che docu-

menterò subito, il tono borioso: comicissima, dopo il suo brutale assalto precedente e la mia risposta che a tutti parve, com'era, assai moderata, la magnanima dichiarazione che scrive " senza sdegno e senza rancore " ».

Gli argomenti che dovrò trattare in contrasto col De Sanctis sono i seguenti: le servitù, il testamento, il regime dotale e l'usucapione. Non è escluso che, esauriti gli argomenti enunciati, io prosegua quella trattazione anche in altri temi, che non hanno formato oggetto di controversia tra me e il De Sanctis.

2. Nella questione delle affinità giuridiche greco-romane giova premettere alcune considerazioni generali in parte di ragione comune, in parte frutto di studî personali.

L'idea di una sostanziale affinità delle istituzioni greco-romane germoglia dalla tradizione classica ed ebbe un potente rincalzo nei tempi moderni con la ricognizione dell'unità originaria degli Arii (una delle glorie maggiori del secolo XIX), specialmente nella prima fase degli studî arii, allorchè si costruiva e si opponeva come un gruppo compatto agli altri gruppi arii la stirpe greco-italica e la linguistica comparata pareva offrire la chiave di tutti i problemi di origini. La tradizione rinforzata dalle scoperte e dai metodi moderni offriva l'immagine di un'armonia piuttosto unica che rara tra il sentimento degli antichi e lo spirito critico dei moderni; nell'insieme si aveva l'impressione di un blocco indistruttibile, sul quale era dato lavorare colla piena sicurezza di costruire sopra un terreno ben solido. E su questa base in effetto lavorarono e attesero a costruire l'unità giuridica greco-italica (per ricordare soltanto gli indagatori più eminenti), il Mommsen ed il Jhering, il Fustel de Coulanges e il Leist.

Ma vi ha di più: nelle istituzioni pubbliche, che rappresentano la parte più appariscente e più familiare ai filologi, più popolare fuori della ristretta cerchia dei romanisti, l'affinità era in alcuni casi palpabile tra le città o le maggiori

città dell'Ellade e Roma. Non basta ancora: lo stesso diritto privato nella sua definitiva organizzazione, che è quella di cui abbiamo una cognizione così completa dai monumenti del *Corpus iuris*, ci appare nei singoli istituti così pregno di elementi greci, così ricco di parallelismi cogli istituti greci, che l'impressione di un'unità fondamentale delle istituzioni greco-romane non poteva se non esserne accresciuta. La dote, per citare un istituto che è argomento di disputa, è riconosciuta dall'imperatore Giustiniano come una proprietà naturale della donna: la proprietà del marito è dichiarata una sottigliezza e una finzione. Più che le dichiarazioni imperiali, tutto il regime dotale del *Corpus iuris* riduce la la proprietà maritale ad una finzione: il marito è sotto ogni riguardo vincolato nell'amministrazione: ad ogni tema di perdita il sequestro, ad ogni caso di scioglimento del matrimonio è disposta la restituzione della dote non solo alla donna, ma anche ai suoi eredi, dice Giustiniano, cioè ai suoi figli. La donna è in tutti i modi garantita per la restituzione sicura, integrale della sua dote: furono le riforme dotali che procurarono a Giustiniano il titolo di *legislator uxorius*. La dote profettizia, il tipo vero della dote romana, è ridotta ai minimi termini; nel libro siro-romano essa scompare e nel codice di Giustiniano il carattere profettizio è limitato (il punto è argomento di disputa, ma questa soluzione a me pare indubitata) al padre che abbia la patria potestà: fuori di questa ipotesi la dote allo scioglimento del matrimonio è devoluta pur sempre alla donna e alla sua morte ai figli. Emerge persino da qualche rescritto del codice il pensiero (che gli imperatori per vero si affrettano a respingere) che si possa regolare nei patti nuziali la futura successione, facendo che la donna sia paga alla dote ricevuta.

Finalmente, senza supporre questa affinità fondamentale degli istituti, come spiegare che i Greci, i sudditi orientali di Teodosio e di Giustiniano, dal III secolo di Cristo in poi abbiano potuto fare proprio il diritto di Roma?

Credo di aver esposto senza attenuazione i cardini dell'opinione dominante: e piuttosto di averli rinforzati che affievoliti. Non posso contestare che in siffatte condizioni il profondo stupore eccitato dalla mia convinzione contraria sul tema delle relazioni tra il diritto romano e il diritto greco può apparire giustificato. Meno giustificato è il pensiero che ciò dipenda da « pratica scarsa del diritto greco e scarsissima della lingua greca », da « difetto di critica e di senso storico », da « uso pessimo di materiali di seconda mano », dal dimenticare ciò che gli antichi notarono, ecc. Una convinzione così grave, cui gli argomenti *comuni, d'ordine generale* ripugnano e non inclinano gli scrittori, potrà ben essere errata, ma non può essere suggerita da ignoranza crassa.

Le mie asserzioni non sono il frutto di preconcetti, ma, se così mi è lecito esprimermi, sono precisamente concezioni *ex post:* come si può parlare di preconcetti, se quanto si assevera è in opposizione a tutte le tendenze dominanti del pensiero e a tutti gli elementi logici generali? Pare che vagamente nel campo dei filologi si attribuisca alla tendenza antiellenica da me rappresentata un vecchio movente di tenerezza sentimentale per l'antica madre, cui si vuol serbar pura la gloria della formazione del suo diritto. Supponiamo pure che un romanista della nostra epoca non sia inaccessibile a questo sentimento. Ma, come io ho più volte osservato, giusto sarebbe quel sospetto se da noi si volesse riferire al genio creativo dei Romani tutto il progresso sostanziale del loro diritto. Tale non è però il mio pensiero, anzi, sino ad un certo segno, è precisamente l'opposto.

Il diritto classico romano aveva senza dubbio pregi e caratteri elevati, spirito di eguaglianza, rispetto alla privata autonomia e alla libertà delle convenzioni, e in generale spiccata tendenza individualistica: ma non vi ha dubbio che non pochi e dei più potenti motivi della sua diffusione universale derivano dalla elaborazione romano-ellenica: basti ricordare la riforma fondamentale operata da Giusti-

niano del diritto di successione intestata, che basò definitivamente questa sulla parentela di sangue, senza riguardo al vincolo civile dell'agnazione, senza distinzione tra linea maschile e linea femminile. Se consideriamo gli ostacoli contro cui il diritto romano dovette lottare nei lunghi secol della sua recezione medioevale e moderna, io credo che nessun romanista sensato possa immaginare che questo diritto avrebbe avuto una tal forza di penetrazione presso tutti i popoli civili del mondo, se il *Corpus iuris civilis*, invece d'essere stato compilato sotto Giustiniano imperatore d'Oriente, quando la patria potestà è ormai una mera disciplina domestica, i *filiifamilias* sono perfettamente capaci, ogni contratto è riconosciuto in base al mero accordo, la successione basata sul vincolo di sangue, i figli sono pienamente garantiti contro gli arbitrî del testamento paterno, gli eredi contro le eredità oberate, e le viete forme quiritarie sono in ogni campo abolite, fosse invece stato eseguito sotto Adriano o Alessandro Severo, prima della crisi del III secolo, o semplicemente se Giustiniano non avesse interpolato le Pandette. Ma nella stessa êra classica l'influenza dell'ellenismo è stata profonda, per quanto i suoi prodotti fossero allora meglio amalgamati con l'insieme del diritto. Ciò posto, qual gloria si vuol salvare, restituendo a Roma, anzi nemmeno a Roma, all'Italia (dico all'Italia, perchè io credo all'unità giuridica latino-sabellica), la compagine barbarica del suo diritto primitivo? Sarà chiaro, spero, che in questa discussione io non reco pregiudizî, come non reco preconcetti.

Se in me si è generata una convinzione così opposta alle idee tuttora dominanti in ordine alle relazioni giuridiche tra l'Ellade e Roma primitiva, e in ordine all'uso della comparazione greco-italica, ciò deriva non da una corrente di pensiero, bensì da una corrente di fatti. Nei miei giovani anni io era pieno delle idee di unità aria e unità greco-italica. Nel mio primo lavoro io mi gettai con fervore in questo indirizzo: con più fervore, credo, di

qualunque altro romanista italiano o straniero. È una confessione molto naturale che io debbo fare ai filelleni del diritto quiritario: *isdem in armis fui.* Man mano però che io proseguiva la ricerca sul terreno della comparazione greco-italica nel campo del diritto privato il linguaggio dei fatti mi si rivelava in contraddizione coi miei preconcetti. Assai maggiori erano le analogie che il diritto greco mi poteva offrire col germanico che non col diritto romano. La conoscenza, che andava acquistando della struttura interna degli istituti, mi instillava via via una crescente diffidenza e un vero senso di nausea per le analogie superficiali sulla base delle mere funzioni e dei nomi e spesso della traduzione arbitraria dei nomi. È chiaro che per stabilire una comunanza genetica, una dipendenza qualunque delle istituzioni primitive e fondamentali tra due popoli, non basta che di entrambi si possa dire in generale che essi riconoscono il matrimonio, o anche il matrimonio monogamico, la famiglia, la dote, la proprietà privata, il contratto, la successione e così via. Sono questi schemi generali, in cui più o meno può essere gittata l'essenza di tutti i diritti. Occorre penetrare più addentro, anatomizzare l'istituzione, esaminandone la disciplina, mettendo in rilievo i tratti caratteristici. Il matrimonio è concepito come un contratto o come uno stato? E quali ne sono gli impedimenti? E come è organizzata la famiglia, cioè l'ammissione e l'esclusione dei suoi membri? Di che natura e di che forza è l'autorità che vi esercita il capo? La dote è proprietà della donna o proprietà del marito? Ritorna al padre e alla donna che l'ha costituita, o trapassa ai figli nati dal matrimonio? La donna rinuncia coi patti nuziali alla futura successione paterna? Qual è il regime della proprietà ed in ispecie della proprietà sul suolo? Nel provvedere ai bisogni sociali ed ai rapporti di vicinanza prevale l'impero della volontà privata o la legge? E se è l'autonomia del privato che dà il tono, si ha un contratto, un rapporto obbligatorio tra le parti, ovvero un asservimento del fondo, che segue il fondo

presso qualunque possessore? Nei contratti è riconosciuto l'impero della libera volontà, ovvero la legge non ne riconosce l'efficacia se non in dati negozî, in determinati rapporti? Predomina la forma orale o la scrittura? Nella successione stessa domina la volontà del capo o il diritto dei singoli membri della famiglia, cioè la cosidetta successione legittima? E se al capo-casa o al subbietto giuridico in generale è riconosciuta la facoltà di disporre dei proprî beni per atto di ultima volontà, entro quali limiti essa è contenuta? Può egli lasciare tutto il suo patrimonio o solo una parte o una determinata categoria di beni? E qual è il modo con cui si trasmettono i beni? Si adotta in qualità di figlio, si designa in veste di successore, in guisa che i beni vadano come un accessorio, ovvero si fa senz'altro donazione dei proprî beni per atto di ultima volontà? Ovvero si possono compiere tutte le disposizioni ad arbitrio del subbietto? In tal caso qual'è la relazione tra di esse, e come trapassa l'onere dei debiti ed il culto familiare?

Queste ed infinite altre questioni conviene proporsi per stabilire l'analogia sostanziale tra due diritti. Ora a queste ed altre simili questioni con mia sorpresa il diritto greco dava una risposta profondamente diversa dal diritto classico di Roma o una risposta per lo meno di dubbia analogia. La somiglianza era negli schemi, anzi nei nomi, era sino ad un certo segno negli effetti, o almeno negli effetti più appariscenti (come accade in quelle sostanze diverse, cui l'industrialismo antico e moderno ha finito con estendere il nome della sostanza originaria), ma non era precisamente nella essenza. Fatale in quest'ordine di idee riesciva per la comparazione il trionfo universale della terminologia romana. Se la profonda originalità del diritto inglese nei trattatisti continentali non di rado si smarrisce per l'uso di una terminologia, che non è quella nazionale inglese, la struttura del diritto greco e dei diritti antichi in generale è ancor più profondamente tradita, perchè la confusione si complica, in quanto i termini

romani stessi adoperati non hanno lo stesso significato nel diritto romano e nel diritto moderno.

Il vocabolario degli scrittori moderni, specialmente francesi, in ordine al diritto greco, è una perenne insidia: testamento, erede, legatario e persino legatario universale, a titolo universale, *testamenti factio*, tali sono i concetti e i quadri, in cui si ordina la successione greca. È un sistema utile, se si vuole, per la divulgazione, ma col quale, in ultima analisi, io m'impegnerei a dimostrare l'analogia del diritto greco col diritto annamita.

Ma la mia meraviglia, e più che la meraviglia, la diffidenza, di fronte alla comparazione romano-ellenica, nonostante tutte le ragioni e le seduzioni a suo favore, cresceva sorprendendo quelle analogie col diritto romano, che il diritto greco e il diritto germanico non mi offrivano, in diritti remoti totalmente alla tradizione romana e all'arianità. Poco poteva fidarmi dei Bèrberi: avrei dovuto istituire una ricerca (e me ne mancò sempre il tempo) sulle influenze esercitate dal diritto romano sul diritto dei Bèrberi, o direttamente o pel tramite del diritto islamitico. Ma insospettabile era la testimonianza offerta, tra gli altri, dal diritto giapponese: nessuno può supporre comunanza genetica, contatti, influenze degli antichi romani sui piccoli gialli dell'Estremo Oriente: ritrovare quindi tra i giapponesi l'organizzazione familiare romana, la parentela agnatizia, la designazione del capo-casa per opera del predecessore, e persino quel fenomeno singolarissimo del diritto romano, la *capitis diminutio* colla successione *inter vivos* nel patrimonio del capo-casa, per la perdita della cittadinanza, per condanna, per adozione del capo-casa (il preciso riscontro dell'arrogazione romana), significava scoprire una tale armonia di istituzioni fondamentali e caratteristiche, al confronto delle quali impallidiscono e diventano beghe meschine le questioni sul regolamento dei funerali o sulle distanze delle piantagioni, che si dicono dagli antichi, e può anche darsi che siano, trasportate nelle XII Tavole dalle leggi di Solone.

Ma ben più importante che non queste personali esperienze, che ingeneravano una crisi nel mio spirito, era il movimento grandioso proseguito nel campo dei nostri studî a datare dagli ultimi decennî. Lo svolgimento del diritto romano si soleva dall'avvento del secolo scorso descrivere come una *lenta e graduale* evoluzione dalle origini sino a Giustiniano. Il concetto moderno della evoluzione, che, prima di assurgere a spiegazione generale dell'universo, fu applicato isolatamente e senza coscienza del suo valore universale (com'è noto, il Lyell, che rinnovava con questo concetto la geologia, fu uno dei più strenui oppositori al trasformismo nella biologia) nei più varî territorî, spuntò la prima volta nel campo degli istituti giuridici, e precisamente nel diritto romano, e fu presentato con quei caratteri dal Savigny in un opuscolo celebre. Il diritto romano giustinianeo era pur sempre diritto romano puro: era l'elaborazione, lo svolgimento ultimo degli istituti dell'antico popolo: se mai, l'ultima epoca aveva segnato piuttosto una specie di ristagno, e soltanto Giustiniano aveva ripreso con una certa energia le fila della tradizione classica. Ora la ricerca degli emblemi nelle Pandette, la scoperta dei papiri egiziani ebbe sconvolto le basi di questa concezione e scosso la fede nel domma della evoluzione *lenta e graduale* (1). L'ultima epoca, il cosiddetto periodo della decadenza, rappresenta non soltanto nel diritto pubblico, ma nel diritto privato stesso, la più profonda rivoluzione operatasi, dacchè mondo è mondo. La estensione della cittadinanza a tutto l'Impero, il trasporto del centro di gravità in Oriente, sono i motivi e segnano l'inizio di una crisi laboriosa. Gli istituti e le consuetudini provinciali, in ispecie di origine ellenica

(1) Anche fuori del diritto romano, ma sempre nel campo degli studî storici, potremmo ricordare come l'opera poderosa di Ippolito Taine sulle origini della Francia contemporanea non resista oramai più alla critica, appunto perchè fondata sulla fede cieca in questo domma, sulla necessità dell'evoluzione *lenta e graduale*, anzichè sopra uno spassionato esame dei fatti.

o elleno-orientale, fanno irruzione nel campo del diritto romano: Diocleziano resiste ancora, la legislazione abbondante dei suoi rescritti è ancora prettamente classica nella forma e nella sostanza, ma Costantino cede interamente alle nuove correnti. Ciò che per lo passato si soleva riferire alla elaborazione giuridica dell'epoca classica o al tranquillo svolgimento ulteriore di elementi classici, si rivelò come un prodotto spurio di una nuova epoca, come un innesto straniero nel vecchio tronco del diritto romano.

La patria potestà era pienamente intatta nel diritto classico coi suoi estremi diritti del *ius vitae et necis* e del *ius noxae dandi:* essa è scardinata e ridotta a disciplina domestica soltanto nella nuova epoca. I figli di famiglia erano pienamente incapaci, e lo stesso peculio castrense non rappresentava nel suo ordinamento una deroga vera all'unità patrimoniale della famiglia: i figli sono ora pienamente capaci, ed i peculî che infrangono totalmente l'antica unità patrimoniale sono tutti una creazione del nuovo diritto ed interpolate le fonti classiche che ne fanno menzione; financo il peculio castrense riceve un carattere nuovo. La donazione *propter nuptias* si voleva far rampollare dai regali di nozze: essa si rivela come un istituto orientale trasmigrato di sana pianta nel diritto romano, in un con le arre nuziali, interpolate anch'esse nelle fonti classiche.

La dote diviene il tema delle maggiori confusioni e delle maggiori trasformazioni, in cui la proprietà della donna e il diritto dei figli finiscono con schiacciare la proprietà maritale ed annientare il tipo prettamente romano della dote profettizia. Si credeva che il contratto fosse sinonimo di accordo già nel diritto classico ed i contratti innominati riconosciuti dai giureconsulti classici: appare ora che il *contractus* era denominazione collettiva di alcuni istituti tipici basati più sul *negotium* che non sull'accordo, ed i contratti innominati sono una fabbricazione elleno-orientale o bizantina. Le venerande forme orali del popolo romano si reputavano in decadenza già nel diritto classico: esse

erano invece piene di vita, e soltanto la nuova epoca le ha tutte quante spazzate. Il diritto classico era bensì giunto a sancire che i figli non istituiti si dovessero espressamente diseredare, ed in epoca tarda, assai più tarda di quel che si credesse, aveva riconosciuto un'azione per la legittima foggiata sulla δίκη μανίας del diritto attico; ma solo nel diritto giustinianeo ascendenti e discendenti debbono essere istituiti eredi, i diritti dei legittimari sono pienamente riconosciuti, e la successione legittima in generale prevale sulla successione testamentaria.

Io non ho se non menzionato *per indicem* alcune grandi trasformazioni: ma il vero è che tutta la copiosa produzione romanistica dell'ultimo ventennio non è diretta che a mettere in luce ora una parte ora l'altra dell'edificio classico, liberandola dalle superstrutture elleno-orientali o *bizantine*, come si suol dire, con termine il più delle volte improprio.

Il risultato finale di questo poderoso lavoro è stato singolare per l'ellenismo, cioè favorevole e sfavorevole a un tempo stesso. L'importanza dell'ellenismo nella formazione del diritto romano ne è stata esaltata: il diritto romano-giustinianeo è in grandissima parte diritto ellenico. Ma dall'altra parte le apparenze, gli argomenti, le seduzioni di quella comunanza fondamentale degli istituti greco-romani ne hanno ricevuto una seria scossa; la stessa recezione ellenica del diritto romano, nonostante l'unità dell'Impero, appare essere stata meno agevole e causa di più profonda perturbazione nella società e alterazione nella compagine del diritto romano che non la recezione moderna del diritto romano-giustinianeo nella forma concreta del *Corpus iuris*.

Per tal modo i preconcetti radicati, che io pure nutriva, sulla comunanza greco-romana delle istituzioni fondamentali del diritto privato non trovavano sul terreno dei fatti che smentite ad ogni passo, ad ogni anno di lavoro. L'incanto non è rotto, perchè questo lavoro non è ancora compiuto, e quelle analogie, sia pur generali, fallaci, non

esclusive, che permangono, bastano tuttavia per alimentare una fede, che ha tante attrattive: ma si può prevedere sin d'ora il giorno, se pure non è già venuto, in cui il problema si dovrà precisamente invertire, cioè porre in una forma opposta a quella consueta: come mai, nonostante la parentela e per così dire la fratellanza linguistica, nonostante le affinità innegabili in tanti campi tra l'Ellade e Roma, nonostante le antiche relazioni e la vasta influenza storica della prima, il diritto privato romano e il diritto privato greco non appartengono allo stesso tipo, non hanno quel che si dice un'aria di famiglia, e le somiglianze sono puramente quelle che possono correre tra individui stranieri?

Ma se invece di espanderci nel mondo ariano e nel mondo greco, secondo il costume dei miei giovani anni, ritiriamo, come la chiocciola, la testa in casa nostra, pure in mezzo a vaste tenebre, le luci che si effondono qua e là sembrano illuminare uno spettacolo abbastanza uniforme. Mentre nella comparazione greco-romana gli istituti fondamentali appaiono antitetici e le analogie appaiono elementi secondari o tarde sovrapposizioni, qui gli istituti sembrano comuni e le divergenze appaiono elementi secondari. Notizie sporadiche ed iscrizioni, in ispecie la *lex Salpensana*, la *lex Malacitana*, la *tabula Bantina*, sembrano rispecchiare un'uniformità veramente sorprendente di istituzioni pubbliche e private, di concetti giuridici nei diritti latini e sabellici: tanto sorprendente che non rimane escluso il dubbio, data l'epoca e la natura dei documenti, di una dipendenza dal diritto di Roma. Se non che la comunanza romano-sabellico di istituzioni fondamentali, come il *ver sacrum*, il duplice nome, il *testamentum* (osco: *tristamentum*), è troppo suggestiva per non far pensare ad una vera e sostanziale unità giuridica.

Ma la disciplina augurale, il cerimoniale pubblico, la *limitatio*, che è nell'epoca romana l'emblema della proprietà quiritaria, lo stesso sistema del duplice nome, sono istituti comuni a Romani ed Etruschi; e nonostante l'antipatia ed

il non celato disprezzo, che i Romani dei tempi storici nutrono o affettano per gli Etruschi, nonostante la venerazione pei Greci, per cui non riesce loro umiliante, con tutto l'orgoglio burbanzoso dei signori, di confessare la propria dipendenza spirituale dalla civiltà ellenica, non solo gli elementi più arcaici della civiltà romana sono costantemente riferiti agli Etruschi, ma anche nel diritto l'influenza etrusca non è forse stata insignificante.

Io era quindi ricondotto a cercare la chiave dell'origine degli istituti romani e della civiltà romana nelle popolazioni italiche. Quanto alla comparazione ariana o greco-italica, diveniva dubbio per me se avesse maggior valore di una comparazione etnologica generale. Il dubbio mi era nato dall'osservazione dei fatti, nonostante i presupposti e i preconcetti contrari. Non fa meraviglia pertanto se, non potendo revocare in dubbio l'unità linguistica, io mi sono aggrappato a quell'àncora di salvezza offerta oramai dagli stessi glottologi divenuti più cauti: distinguere il problema delle lingue non solo dal problema delle razze, ma altresì dal problema del popolo nella complessa formazione storica. Non è questo il momento peraltro di entrare nella disputa etnografica o storica. Io intendo concludere queste considerazioni preliminari con un invito: rinunciamo alle affermazioni generali pro o contro l'unità giuridica greco-romana; esaminiamo ad una ad una le singole istituzioni del diritto privato romano comparativamente alle istituzioni greche; e solo allorchè questo lavoro per opera di più indagatori, sgombri di preconcetti, sarà compiuto, si potrà giudicare da che parte pencoli la bilancia. Per ora nell'esame dei singoli istituti non giova concludere al di là del tema.

3. Il testamento romano, comparato alla greca διαθήκη (o più spesso διαθῆκαι), per l'abuso dei termini a significar concetti diversi, ripete, ma in una forma assai più vasta, il problema delle servitù.

Successione è, nel linguaggio *comune* odierno, termine esclusivamente in uso da un lato per la trasmissione in blocco del patrimonio di una persona defunta, dall'altro pel trapasso di poteri. Quest'uso è derivato dal linguaggio del diritto classico romano, il quale per altro conosceva anche alcune forme di successione patrimoniale con acquisto pure in blocco, ma *inter vivos*. La parola *successio* e la locuzione più significativa *successio in locum* nel diritto romano sono comuni all'*hereditas* (in una con le tipiche e definite successioni *inter vivos*) e alla successione di un re o di un magistrato al suo predecessore; non si adoperano invece, nel linguaggio classico, per nessun altro acquisto. Un legato, una donazione, una vendita operano trasmissione di beni, ma non *successio*. L'epoca romano-ellenica ha creato il concetto della successione a titolo singolare, oramai penetrato nel diritto, con danno non lieve della dommatica giuridica, specialmente in alcuni rapporti della vita commerciale, la cui sistemazione scientifica è inceppata da questa eredità bizantina: l'uso del linguaggio nondimeno, più classico anche in questa parte, come in tante altre parti, della tradizione romanistica, restringe anche oggi, fuori della tecnica formale dei giuristi, la parola « successione » ai trapassi di beni in blocco da una persona defunta a una vivente, o al trapasso di poteri; e quest'uso si impone anche nelle vaste divisioni dei manuali di diritto romano, di diritto civile, di diritto comparato.

La caratteristica, che separa la vera e propria successione da quelle che, seguendo la formula bizantina, si sogliono chiamare successioni a titolo singolare, e accomuna effettivamente la successione a causa di morte nel patrimonio e la successione nei poteri pubblici, è che il successore, più che acquistare i *diritti*, continua i *rapporti* come erano in testa al titolare precedente quasi fossero indipendenti dalla persona del titolare. Chi acquista un fondo *per compera* o *per legato* ha il suo titolo nella compera e nel legato e non subentra affatto nella donazione o nella permuta, se il suo autore aveva acquistato per donazione o

permuta il fondo. Qualora il suo autore non fosse proprietario, egli può usucapire o prescrivere il fondo sulla base della vendita o del legato e della sua buona fede personale, e nulla importa il titolo o la mala fede eventuale del suo autore; può persino accadere che il suo autore tenesse la cosa in deposito o in locazione, e ciò nondimeno egli che l'ha comperata in buona fede prescriverà sulla base della compravendita. Chi acquista un fondo *per successione* subentra precisamente nel rapporto stesso del suo predecessore, è compratore, se questi l'ha comperato, è donatario, se questi l'ha ricevuto in donazione, depositario, locatario, se questi lo ha ricevuto in deposito o in locazione; è finalmente considerato in buona o in mala fede, se questi era in buona o mala fede; e così avverrà alla sua volta pel suo successore e per la serie dei suoi successori, sinchè il fondo si trasmette per successione. Nel diritto pubblico la ragione del fenomeno è intuitiva. Si subentra precisamente nella carica, la quale è indipendente dalle persone di coloro che ne sono temporaneamente rivestiti. In diritto privato noi ci limitiamo a constatare il fenomeno senza assurgere ad una spiegazione qualsiasi, la quale non è còmpito del presente scritto di indagare. Osserviamo solo che l'espressione più adeguata del fenomeno è il subentrare nella *posizione giuridica* del defunto, la qual espressione semplice, raggiunta dopo lungo travaglio dalla dommatica moderna, non è se non all'incirca la traduzione della formula romana *successio in locum*, *successio in ius*, *successio in locum et in ius* (1). Si può dire quasi che la *posizione giuridica* in diritto privato prende il luogo della *carica* in diritto pubblico (2).

(1) Peraltro la formula romana è intesa in senso qualitativo (identità dei rapporti), la moderna in senso quantitativo (totalità dei diritti).

(2) Le formule più infelici del fenomeno sono quelle che si basano sulla continuazione della personalità o della volontà del defunto. Queste formule sono per vero favorite dal linguaggio e dalle innovazioni giustinianee. Nel diritto romano classico nulla vi ha di più erroneo che ritenere l'erede un continuatore della volontà del defunto;

Ora, limitando il nostro discorso alle successioni *mortis causa* nel patrimonio, anche qui, come in tema di servitù, si distinguono nel diritto comparato due sistemi fondamentali: o il patrimonio trapassa ad una persona o ad un complesso di persone determinate indipendentemente dalla volontà del defunto (1); ovvero trapassa alla persona o alle persone designate dal defunto stesso in un atto che si usa dire di ultima volontà, ma che può essere emesso in una occasione solenne e fissa molto innanzi alla morte, come avviene sovente nel passaggio di sovranità, in cui la designazione del successore è fatta persino talora nel momento stesso dell'assunzione al potere. Nella storia dell'umanità i due sistemi antitetici talora coesistono entrambi, con prevalenza dell'uno o dell'altro, perchè può accadere che il sistema della designazione sia adoperato come un sostituto straordinario, quando faccia difetto la successione naturale e legale, o viceversa che questa sia adoperata nella stessa guisa quando faccia difetto la designazione; ora vige l'uno solo di essi, cosicchè una lacuna non si deve avverare, o se si verifica è una crisi, non altrimenti che l'estinzione totale di una casa regnante.

Se non che nel sistema successorio la situazione si complica ben più che non nelle servitù. Quelle che riguardano più specialmente il nostro tema sono le complicazioni storiche nel sistema che rappresenta la facoltà in generale di disporre dei proprî beni a causa di morte, poichè ai veri atti, che hanno per iscopo di designare il successore, si mescolano atti che hanno propriamente per fine di aggregare alla famiglia un membro estraneo, ed atti di disposizione patrimoniale tra vivi, che sono adibiti ad avere efficacia dopo morte, i quali ultimi talora sono fusi in uno

---

basti considerare questo, che in tutti i casi in cui si esige per la continuazione del rapporto una volontà immanente della persona, il rapporto precisamente cessa con la morte.

(1) In genere legate con esso da vincoli di parentela (il più anziano della famiglia, i parenti più prossimi, ecc.).

stesso concetto e in uno stesso termine, abbiano efficacia *inter vivos* o *post mortem*, talora sono distinti nei termini e diversamente disciplinati nell'una ipotesi e nell'altra. Le principali figure concrete, che balzano fuori nette dai varî diritti, sono: la tipica designazione del successore, l'adozione a causa di morte, la donazione a causa di morte, la donazione con riserva d'usufrutto, i legati (cui si potrebbero aggiungere le *mortis causa capiones* in senso stretto nel diritto romano), i patti successorî, i patti nuziali (dote, donazione nuziale, comunione tra coniugi), la divisione tra i figli e ai nostri giorni potremmo aggiungere il contratto di assicurazione.

La funzione del prendere a causa di morte, la *mortis causa capio*, per usare un termine romano, ha carattere universale, non altrimenti che la funzione del prendere in biologia: alla varietà delle *mortis causa capiones* nel mondo del diritto corrisponde la varietà degli organi prensili nella vita degli esseri. Per stabilire l'affinità tra i varî organi e i varî istituti, come per stabilire la genesi di ciascuno, il vero criterio è la struttura interna analiticamente esaminata. I più preziosi elementi per la storia sono, a mio avviso, gli elementi formali di struttura, con che si debbono intendere non le apparenze esteriori e le solennità, bensì da un lato gli elementi che non hanno più attualmente una funzione utile, le sopravvivenze, i rudimenti, dall'altro (e questo ha per me una importanza maggiore) *gli elementi fondamentali, che avrebbero una efficacia diversa e aberrante*, se nuove parti, aggiunte più tardi, non la riducessero entro confini più angusti e in coerenza alle finalità presenti. Se la funzione può esser utile ad esaminare, sempre però in seconda linea rispetto alla struttura, gli è precisamente in quelle parti secondarie di essa, complementari, che il giurista avverte, mentre sfuggono al profano. Questi si ferma spontaneamente alla funzione più appariscente e vitale; ma il giurista ed il fisiologo rilevano anche funzioni accessorie ed in via di esaurimento, le quali possono sempre far

sospettare l'involuzione di più vaste e diverse funzioni anteriori.

4. Anche nella comparazione greco-romana è l'esame della struttura che ci può dare la chiave delle relazioni tra il testamento romano e la διαθήκη ellenica; poichè l'unità greco-romana è un preconcetto o un presupposto, che dobbiamo astenerci, ripeto, dall'insinuare nel ragionamento. D'altra parte qui abbiamo un istituto, in cui sarebbe fuor di luogo invocare l'unità greco-romana originaria, e quanto alla derivazione posteriore dal diritto greco, noi non ne abbiamo il menomo indizio o accenno storico, anzi, per quanto la storia o la cronologia sicura di Roma si inizi più tardi, non è certo argomento favorevole il vedere documentata l'introduzione della διαθήκη nei singoli Stati dell'Ellade, mentre il testamento romano è immemorabile, e nelle stesse XII Tavole non è riconosciuto e sancito (come non è riconosciuto e sancito nessuno degli istituti fondamentali del popolo romano), ma è semplicemente presupposto nel regolare in suo difetto la successione intestata (si *intestato* moritur) (1). D'un mutuo dei Romani dai Greci, con tanta larghezza di fonti, i giuristi, pur desiderosi di vantare analogie o derivazioni greche nelle piccole cose,

---

(1) La celebre legge *uti legassit super pecunia tutelave*, etc., pare certo che si debba riferire soltanto ai legati e alle disposizioni tutelari. Ciò è oramai pacifico tra i romanisti moderni; cfr. Fadda, *Dell'origine dei legati*, in « Studi per l'VIII centenario dell'Università di Bologna », 1888, pag. 165 e segg.; Mitteis, *Das römische Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, pag. 82, n. 24, Leipzig 1908. Anche le antichissime forme del *testamentum calatis comitiis* e del *testamentum in procinctu* non sono da Gaio (scrittore assai copioso di notizie storiche e citazioni decemvirali) riferite alle XII Tavole, ma ad un'oscura antichità, come le *res mancipi:* « Testamentorum autem genera *initio* duo fuerunt » (Gaii, *Inst.*, II, 101) e certamente debbono riportarsi all'epoca regia (v. sopra pag. 328, n. 2). Invece sembra precisamente dalle fonti e si ritiene dai romanisti che sia stata foggiata sulla base delle XII Tavole (l'*uti lingua nuncupassit* della *mancipatio*) la terza forma storica, il *testamentum per mancipationem.*

come la distanza delle piantagioni o la libertà dei sodalizi, non sanno assolutamente nulla in ordine a questo fondamentale istituto del diritto privato romano, da cui gli antichissimi sistemi del diritto civile di Quinto Mucio e Masurio Sabino incominciavano l'esposizione dal diritto quiritario. Ciò premesso, la mia tesi è per *l'indipendenza del testamento romano dalla διαθήκη ellenica.*

Di fronte alla sicurezza con la quale il De Sanctis nella sua Storia esprimeva la derivazione del testamento romano dal diritto greco, io enunciava la mia tesi con parole che avevano, come appare dal contesto, una direzione, per così dire, generale; non erano rivolte a lui, bensì alla tendenza dominante tra i filologi. Ecco le parole della mia recensione: « L'essenza del testamento romano è l'istituzione di erede; l'antichità greca non ha un solo testamento; essa non ha che DONAZIONI A CAUSA DI MORTE, che si possono paragonare ai legati, o ADOZIONI. Agli scarsi documenti dell'antichità greca, IN ISPECIE AI TESTAMENTI DEI FILOSOFI, si è aggiunta ora la massa dei testamenti greci scoperti nei papiri, e il dubbio non è più lecito..... Gli è soltanto l'ignoranza della struttura degli istituti, che favorisce l'illusione degli ellenofili, i quali solo con questo sistema pretendono di strappare alla compagine del diritto romano un solo istituto, è vero, ma il più vasto e fondamentale, per ridurlo sul modello delle rattrappite *donazioni a causa di morte*, o anche delle *adozioni testamentarie*, che penetrarono bensì nella società romana, ma non ebbero mai accesso nel diritto di Roma (1) ».

E replicando alla difesa del De Sanctis, nella quale, come vedremo dalla nuova pubblicazione in cui la rifonde, egli sostiene che il testamento greco conosce l'istituzione di erede, io insisteva nuovamente: « Quanto al testamento greco (a parte la questione sul preteso rapporto dell'isti-

(1) BONFANTE, *Tendenze e metodi*, ecc., in *Rivista di sociologia*, XII, 1908, pag. 250-251.

tuto romano col greco), che esso non contenga istituzione d'erede, bensì ADOZIONI O ASSEGNAZIONI DI BENI *parziali o universali*, risulta non solo DAI TESTAMENTI DEI FILOSOFI, noti allo Schulin, al Bruns, al Beauchet e ai vecchi scrittori sull'argomento, ma dalla massa dei testamenti greci dell'êra tolemaica nei papiri. Evidentemente l'equivoco nasce dal confondere la necessità dell'istituzione d'erede, che è nel solo testamento romano, col nome che riceve colui, al quale sono assegnati i beni a causa di morte (1) ».

All'accusa poi rivoltami dal De Sanctis, di ridurre la scienza del diritto romano ad un vacuo formalismo, e perdere di vista per l'esteriorità e le formule la sostanza degli istituti giuridici, io rispondeva: « Tutti i principî regolatori del testamento romano, non uno eccettuato, che nulla hanno di comune col testamento greco, sono mere esteriorità nella mente del De Sanctis: istituzione d'erede; separazione tra erede e legatario; separazione della capacità testamentaria dalla capacità contrattuale; incompatibilità della successione testamentaria con l'intestata; impossibilità dell'istituzione in una cosa determinata; diritto di accrescimento: successione nel culto familiare (l'erede greco non succede se non quando sia adottato) e nei sepolcri; possibilità di un erede testamentario, che non abbia se non le responsabilità e il culto familiare, mentre gli elementi patrimoniali sono tutti dispersi tra i legatari, e via via. La sostanza è il patrimonio, non c'è che dire. Atti che trasmettono il patrimonio a causa di morte sono tutti la stessa minestra: legati, eredità, donazioni a causa di morte, donazioni con riserva d'usufrutto, designazione sovrana — poichè, modestamente, nel diritto comparato esiste pur questa e fa passare anche il patrimonio (cfr. Post, *Giur. etnologica*, I, § 69, § 65; II, § 39) — patti successorî, e chi più ne ha, più ne metta (2) ».

---

(1) BONFANTE, *Questioni di critica storica*, in *Riv.* cit., pag. 824.
(2) BONFANTE, l. c., pag. 825.

A queste enunciazioni oppone il De Sanctis il seguente discorso, che mi è pur necessario riferire per intero (1): « Il dubbio *se il Bonfante discorra sul serio* torna insistente a proposito della questione del testamento. Pel Beauchet, come per molti altri e per me, il testamento di Solone è l'istituzione d'erede mediante un'adozione postuma nel caso che l'erede legittimo non vi sia. Il Bonfante *mi oppone la massa dei testamenti greci su papiri.* Ora certo questi non sono testamenti secondo il diritto romano. Ma egli non si pone neppure il problema se fossero o potessero essere testamenti secondo il testo originario della legge di Solone. *Gli pare ciò evidente, fuori di controversia, e senza esporsi* (?) *a discutere con me intorno al testo di questa legge, ne trae partito per ingiuriarmi.* Gli pare, perchè — queste sono le premesse necessarie del suo ragionamento — *s'immagina che il diritto greco-egiziano sia identico al diritto attico* (da cui in realtà in molte parti differisce non poco) e che la società ateniese del 594 a. C. avesse o potesse avere pel testamento norme giuridiche identiche a quelle vigenti nelle condizioni economico-sociali senza paragone diverse dell'Egitto ellenistico (2). Anche qui mostra dunque di ritenere che il diritto sia un insieme di formole astratte, indipendenti dalla struttura economica di una data società, ossia dimentica che è assurdo studiare per sè la forma della vita sociale, prescindendo dalla materia. E se dopo ciò *con l'usata volgarità di espressione* egli mi attribuisce di credere la « stessa minestra » legati, eredità, donazioni a causa di morte e simili, protesto vivissimamente ancora una

(1) *Per la scienza dell'antichità*, pag. 455, 456.

(2) [Sarebbe assai grazioso chiedere al De Sanctis per quali ragioni economiche il diritto romano esige la istituzione di erede, nè si accontenta dell'assegnazione dei beni, per quali ragioni economiche abbia mantenuto questo preteso sistema solonico dai tempi di Appio Claudio, in una fase civile ed economica certamente inferiore così all'êra ellenistica come all'êra attica, sia pur di Solone e di Pisistrato, ai tempi di Augusto e di Giustiniano, nè abbia seguito la pretesa evoluzione del diritto greco].

volta contro questo travolgimento continuo delle mie teorie. Ho parlato del testamento in diritto attico, quale era in origine secondo il Codice di Solone. Il Bonfante, facendo « la stessa minestra » del diritto attico primitivo e del diritto greco-egiziano, applica le mie parole intorno alla legge di Solone *al testamento ellenistico*, e argomenta su questo *balordo* equivoco. *Risum teneatis! Così ignaro è del resto il Bonfante della questione da non saper neppure* che in un libro dedicato sovrattutto al diritto attico *ho trattato ampiamente* intorno al testamento secondo il Codice di Solone, e ho mostrato come e perchè si alterasse posteriormente nella stessa Atene la natura di questo istituto ».

A edificazione del lettore io ho dato rilievo sopra nel riferimento delle mie parole così all'*adozione* ed all'*assegnazione di beni* (i due tipi della διαθήκη ellenica, attica e non attica), come *ai testamenti dei filosofi*, sui quali ho insistito tanto nella recensione, quanto nella replica. I filosofi sono: Platone, Aristotile, Teofrasto, Epicuro, Stratone e Licone. Nessuno greco-egizio: alcuni di essi, e forse tutti negli ultimi anni, cittadini dell'Attica! Io non dirò *risum teneatis*, perchè tanta acredine, accompagnata da tanta distrazione, in uno studioso rispettabile muove più la pietà che il riso. I testamenti dei filosofi non ricordati dal De Sanctis nemmeno nella sua Ἀτθίς (non dico con questo che gli siano ignoti), erano i testamenti più integri di diritto attico o probabilmente attico: ed io li richiamava accanto ai testamenti greco-egizi, che rappresentano la massa più imponente dei testamenti non attici, a dimostrare che, qualunque documento si consideri, il diritto greco, attico o non attico, riconosce *adozioni* e *assegnazioni di beni* a causa di morte, ma ignora la romana istituzione d'erede (1). Quanto alla tratta-

(1) Nella nota 1 a pag. 455 il De Sanctis inveisce contro di me, rimproverandomi anche di non aver nulla inteso « del libro eccellente di Arangio-Ruiz », in quanto questi riconosce differenze tra il testamento greco-egizio e quello degli altri popoli ellenici. Poichè io non mi fondavo esclusivamente sui papiri, ma richiamavo testamenti sia di diritto

zione del De Sanctis nella sua Ἀτθίς possiamo riferirla integralmente, almeno per ciò che concerne il nostro tema, poichè non è troppo ampia: « Lo stesso scopo (di salvare la piccola proprietà) aveva l'introduzione del testamento. Si trattava d'impedire che potessero accumularsi per via d'eredità molti terreni in mano di pochi. Per questo il testamento era permesso soltanto quando non vi fossero figli maschi e non serviva che a dare al testatore un figlio adottivo, il quale, nel caso il testatore avesse una figlia, era per legge il costei marito. Senza dubbio il diritto attico permetteva da tempo l'adozione tra vivi. Ma poteva accadere che questa venisse resa difficile dai parenti desiderosi che l'eredità ricadesse in loro; a ciò doveva ovviare il testamento. Introdotta una volta la facoltà di testare, si allargò molto al di là di quel che Solone pensava. Solone, appunto perchè

---

attico (quelli dei filosofi), sia di diritto greco-egizio (quelli contenuti nei papiri), e poichè le differenti figure che assume la διαθήκη nel diritto attico e non attico, l'adozione e l'assegnazione di beni, io mostrava di non confonderle, ma negava soltanto che in qualunque forma della διαθήκη ellenica comparisse l'istituzione d'erede, questa osservazione non mi tange. Mi è caro però riferire le parole con cui in questo libro, modesto, ma buono, l'Arangio-Ruiz esprime negli stessi miei termini l'antitesi generale tra il testamento romano e la διαθήκη ellenica, attica e non attica: « Nel testamento greco-egizio, *come in quello di tutti i rami greci, manca un'istituzione di erede nel senso romano*, che trasmetta di pieno diritto nel successore la somma di tutti i diritti ed obblighi del defunto. *Due atti di ultima volontà* si presentano, chiaramente distinti, *nel mondo greco;* l'uno consiste nell'*adozione* con efficacia testamentaria, l'altro in *un atto in cui il testatore dispone senz'altro dei suoi beni*, tenendo conto partitamente di ogni cosa che possegga e dei debiti e di ogni rapporto che voglia regolare in previsione della propria morte. Se pure questo secondo sistema non è mai stato in vigore, come pur da taluno si sostiene, nel diritto attico più antico, certo è che numerose prove della sua esistenza ci son date dai testamenti dei filosofi e da quelli conservati nelle iscrizioni di Petilia e di Thera » (vedi Arangio-Ruiz, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi*, Napoli 1906, pag. 64-65). Com'è chiaro, sono gli stessi concetti, gli stessi termini, in cui io esprimeva e ripeto ora le forme della διαθήκη ellenica o ellenistica e l'antitesi generale col testamento romano: la nota di biasimo rimbalza sul De Sanctis e sul suo modo di leggere e di comprendere i libri. Ne abbiamo avuto e ne avremo altri esempi.

non autorizzava i *legati testamentari* (!), non vi ha posto un limite. Egli stabiliva che i figli legittimi dovessero avere parte eguale della sostanza paterna: i bastardi non dovevano ricevere più di cinque o secondo altre fonti dieci mine. Nello stabilir ciò verosimilmente non aveva in mira d'autorizzare il padre a disporne per testamento, ma soltanto di permettergli una donazione *inter vivos* fino a quella misura. Queste leggi di Solone erano restate in vigore nominalmente nell'età degli oratori; ma riguardo ai figli naturali si eludevano dando ad essi *brevi manu* denari ed oggetti. E si era introdotto *contro la legge* l'uso di testare anche per chi aveva figli legittimi. Ma siccome questo era a stretto rigore *un uso illegale*, la legge non interveniva nè per limitare i diritti del testatore in ciò che riguarda la divisione dei beni tra i figli nè per fissare la misura della loro legittima. Tuttavia diseredarli non si poteva che in vita con una solenne *ἀποκήρυξις*, da cui probabilmente c'era appello ai tribunali (1) ».

Questa, che l'autore chiama trattazione ampia, io veramente la ignoravo. Le sue lacune e le sue inesattezze saranno chiare in seguito. Nella sostanza essa non fa che ripetere l'opinione dominante. Questo solo osservo sin d'ora: che non è punto il caso di esclamare per questa mia ignoranza di un cosiffatto cenno: *così ignaro del resto è il Bonfante della questione da non saper neppure che io*, ecc.: altrimenti che cosa dovrei dire io dell'autore, il quale ignora un mio articolo (2), in cui al testamento attico e al testamento greco in comparazione col romano ho dedicato una trattazione

(1) De Sanctis, Ἀτθίς, 1ª ediz., pag. 210, 211. [Riprodotta nella 2ª edizione a pag. 213-216 con lievi aggiunte]. Le due pagine che seguono sul tema concernono punti che non ci interessano: la provenienza ipotetica della legge, i suoi effetti sociali, e principalmente le figlie ereditiere.

(2) Pubblicato nel *Filangieri*, XXXIII, 1905, pag. 241-255. [È lo scritto che precede in questa collezione, col titolo: *Il testamento nel diritto comparato*, ecc.].

più larga (l'odierno studio non n'è in fondo che un'esplicazione) e per giunta, mi sia lecito dirlo, un poco più esatta e concludente? Se non che io sono ben lungi dal farne una colpa, molto meno una colpa capitale, al De Sanctis.

5. Esaminiamo ora nelle sue linee fondamentali e originarie il testamento romano, omettendo le regole secondarie e posteriori, ma risalendo invece, quando sia possibile, alla configurazione più arcaica documentata degli elementi singoli. Mi propongo invece di schivare qualunque indagine genetica, ove manchino documenti, e sovrattutto di eliminare studiosamente ogni accenno alla mia ipotesi sulla sua origine dalla designazione sovrana; il presente scritto ha scopo meramente critico rispetto alla teoria dell'origine attica del testamento romano. Solo in appendice sarò costretto a difendere quella mia ipotesi contro le obbiezioni del De Sanctis, il quale ne ignora o non intende gli argomenti e non la combatte quindi nel suo terreno, ma vi gira attorno con osservazioni d'ordine generale.

Non è fuori di luogo premettere un rilievo esteriore. Il testamento romano è l'atto più importante e solenne della vita sociale e giuridica presso il popolo romano; esso figura, come abbiamo rilevato, in capo ai più antichi trattati di diritto civile, e nonostante la profonda trasformazione subentrata nell'epoca romano-ellenica, nella quale questo istituto non ritrova più le antiche simpatie, enorme è la parte del Digesto occupata dal testamento; 11 libri compatti divisi in 45 titoli, prescindendo dai titoli relativi al *testamentum inofficiosum*, alla tutela testamentaria, alle manomissioni testamentarie, alla *bonorum possessio secundum tabulas* o *contra tabulas*, ecc. Essa soverchia di gran lunga la parte dedicata alla successione, civile e pretoria, che i Romani chiamano intestata e noi usiamo dire legittima. Nel Codice, espressione più genuina della nuova epoca, la posizione è, come avviene d'ordinario in simili contrasti, invertita: soltanto alcuni titoli del libro VI si occupano del

testamento e delle disposizioni testamentarie, mentre la successione intestata ha oramai acquistato la preminenza.

Il testamento è altresì il più antico negozio giuridico del diritto romano: indigeno o straniero, la sua origine si perde nella notte dei tempi, e, come abbiamo detto, si deve considerare anteriore alle XII Tavole; dato anzi il cerimoniale dell'antico testamento, davanti ai comizî curiati convocati dal pontefice massimo, cioè in origine, dal *rex sacrorum*, esso si dovrebbe far risalire all'epoca regia (1). Ed è finalmente il negozio più vitale. Gli atti giuridici dell'epoca decemvirale e del vetusto *ius quiritium*, il *nexum*, la *mancipatio*, le *legis actiones*, la *confarreatio*, la *coemptio*, non hanno raggiunto nemmeno o hanno appena raggiunto la soglia dell'epoca romano-ellenica; essi sono tutti spariti nella stessa êra classica, e la stessa *mancipatio* resiste *pro forma*, per brevissimo spazio di tempo, anche nell'êra postclassica. Il testamento solo ha mutato forme, aggiunto rami nuovi all'antico tronco, ma permane; e permane intatto nella sua struttura fondamentale, come era anteriormente alla data, da cui la storia del diritto romano si può iniziare, cioè anteriormente all'epoca dei giureconsulti repubblicani, per fissare una data sicura. *Nessuno dei principî fondamentali del testamento o dell'eredità in generale, che noi dovremo enunciare, è riferito ad una legge, ad un giureconsulto, ad una sanzione positiva.* Quando i giureconsulti vi fermano l'attenzione, essi caratterizzano il principio con l'epiteto di *naturalis*, cioè lo dichiarano un prodotto della logica naturale: così è qualificata la regola *nemo pro parte testatus* (2), che è precisamente per noi moderni una delle regole più innaturali, mentre si richiamano a sanzioni po-

(1) [V. lo scritto precedente (*Il testamento nel diritto comparato*) in questa collezione, pag. 328, n. 2].

(2) L. 7, D., 50, 17; Pomponius, *Libro tertio ad Sabinum:* Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est « testatus » et « intestatus ».

sitive le deroghe storiche, che spesso hanno reso frustranei quei principî e che noi, come s'è stabilito, possiamo omettere di considerare, salvo quando sia richiesto dalla necessità. La stessa legge delle XII Tavole quanto ai principî dell'eredità non sanciva se non una regola, la quale, par certo, rappresenta una deviazione dalla regola fondamentale e primitiva: la divisione *ipso iure* (abbastanza iniqua pel credito, ma forse suggerita da uno dei più antichi riguardi ai debitori) dei debiti e dei crediti tra più eredi, in luogo dell'obbligazione solidale tra coeredi.

Veniamo ora al contenuto, e ai principî del testamento.

I. Quanto al contenuto, il testamento romano è un atto assai complesso, patrimoniale ed extra-patrimoniale insieme. Un solo elemento è però essenziale: l'istituzione d'erede, fatta con parole solenni, imperative. Senza di essa il testamento non vale, o, per meglio dire, non vi ha testamento. L'istituzione è in capo al testamento e ogni disposizione che preceda è nulla. Ma una volta istituito l'erede, il testamento può contenere disposizioni patrimoniali che hanno un nome specifico anch'esse, i *legata* (forse dal termine *legare*, dar mandato o incarico, s'intende, all'erede), e disposizioni extra-patrimoniali, come costituzione di tutori, manomissioni di servi, adozioni testamentarie, ecc.

Per questa fondamentale caratteristica del testamento non sarà male far seguire citazioni di autori e di fonti (1).

Girard, *Manuale elementare di diritto romano* (traduzione Longo), Milano 1909, pag. 812: « Il testamento è definito — con formule che probabilmente nei loro documenti essenziali risalgono ai giureconsulti della Repubblica ed appunto perciò non fanno risaltare abbastanza la caratteristica spiccata che lo distingue dai codicilli introdotti al principio del-

(1) Ho inserito questa documentazione dietro il parere di alcuni amici, perchè parve loro che il De Sanctis, pur discorrendo della romana istituzione d'erede, non ne intenda il senso ed il valore. Essa può tuttavia esser saltata.

l'Impero — un atto legale di ultima volontà fatto con termini solenni allo scopo che produca effetti dopo la morte. In realtà è *un atto di ultima volontà contenente l'istituzione di un erede* ».

Pag. 831: « Il testamento può contenere disposizioni assai diverse: manomissioni, nomine di tutori, legittimazioni, come abbiamo veduto, e, come vedremo, diseredazioni, legati, ecc. *Ma il suo contenuto proprio ed indispensabile è unicamente l'istituzione d'erede. Non vi può essere istituzione d'erede al di fuori di un testamento, non vi può essere testamento senza istituzione d'erede. Non v'è testamento se nell'atto non si trova questa disposizione* ».

Maynz, *Cours de droit romain*, Bruxelles 1877, III, § 379, pag. 311-312: « On appelle testament la disposition par laquelle nous désignons une ou plusieurs personnes pour nous succéder *comme héritiers. L'institution d'un ou plusieurs héritiers est l'élément fondamental du testament* ». § 382, pag. 323-324: « Le testament, outre l'institution d'héritier, *qui en est l'élément essentiel et indispensable*, peut renfermer d'autres manifestations de dernière volonté, notamment des libéralités à titre particulier, désignées par les noms de *legata* et *fideicommissa*, ainsi que des dispositions contenant nomination de tuteur ou adoptions ».

Accarias, *Précis de droit romain*, I, n. 318, pag. 790: « En principe, les Douze Tables (Tab. V, I) autorisent le père de famille à désigner lui même son héritier. L'acte par lequel se fait cette désignation s'appelle testament et peut être défini *un acte solennel, contenant essentiellement institution d'un ou de plusieurs héritiers*, et destiné à produire son effet seulement après la mort de son auteur. Ce qui caractérise le testament, ce qui lui donne l'existence et la vie, *c'est l'institution d'héritiers*. Par elle seule d'autres dispositions deviennent possibles, savoir: exhérédations, substitutions pupillaires, legs, fidéicommis, affranchissements, nominations de tuteur. Telle est bien la pensée qu'expriment Gaius (II § 229) et après lui Justinien (*Inst.*, § 24, *de leg.*, II, 20) et

disant que le testament tire toute sa force de l'institution d'héritier, que là est son principe, et son fondement: d'où il suit que, l'institution manquant son effet pour une cause quelconque, toutes les autres dispositions s'évanouissent (L. 181, D. *de reg. jur.*, L. 17) ».

Windscheid, *Pandette*, III (trad. Fadda e Bensa), § 538, pag. 30-31: « Testamento è *quella disposizione d'ultima volontà nella quale è contenuta la nomina d'un erede.* Il testamento può, oltre alla istituzione d'erede, contenere ancora altre disposizioni dell'ereditando intorno a legati, tutele, educazione dei figli, modalità del seppellimento, ecc.; ma le disposizioni di questa specie non sono essenziali al testamento, mentre gli *è essenziale l'istituzione d'erede* in modo che senza istituzione d'erede non esiste alcun testamento, ed in caso di non validità della istituzione d'erede nessun'altra disposizione del testamento giuridicamente sussiste. Una statuizione d'ultima volontà, con la quale non sia nominato un erede, si chiama codicillo ».

Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette*, III, § 483, pag. 158: « Un testamento è una *disposizione di ultima volontà che contiene la nomina valida di un erede* ». — § 431, pag. 168: « *Il contenuto essenziale del testamento è la nomina d'un erede.* Il testamento può contenere inoltre altre disposizioni ».

Dernburg, *Pandekten*, III, Berlino 1894, § 66, pag. 121-122: « Die altrömische Zeit kannte nur eine rechtsverbindliche letztwillige Anordnung des Erblassers: das Testament. Seit Augustus traten an die Seite der Testamente die Kodicille » — « Testamente sind *einseitige letztwillige Verfügungen, durch welche sich der Erblasser einen Erben ernennt* ». — « Das Testament kann ausser der Erbeseinsetzung Anordnungen anderer Art enthalten, insbesondere Vermächtnisse, ferner Vormundschaftsernennungen, in Rom Freilassungen ». — « *Begrifflich wesentlich ist aber dem Testamente nur die Erbeseinsetzung.* Sie ist seine Grundlage; wird sie nicht verwirklicht, so fällt das ganze Testament ».

Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, III, § 368, pag. 47: « Seinem Inhalte nach ist das Testament *nothwendig, wenn auch nicht ausschliesslich Ermächtigung zur Erbschaft* (*heredis institutio*) ».

Böcking, *Diritto romano*, Napoli 1885 (trad. Squitti), III, § 18, pag. 289: « *Contenuto essenziale del testamento è l'istituzione dell'erede o degli eredi: esso non può farne a meno*, mentre poi può benissimo constare soltanto di questa ».

Muehlenbruch, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Halle 1840, III, § 666, pag. 284: « *Den wesentlichen und hauptsächlichsten Theil eines Testaments bildet die Einsetzung eines Erben* ».

Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, II, § 827, pag. 349: « Unter einen Testament versteht man jede Verfügung, *wodurch sich Jemand auf seinen Todesfall einen directen Erben ernennt* ».

Puchta, *Institutionen*, Leipzig 1881, I, § 306, pag. 435: « Ein Testament kann auch andere letztwillige Dispositionen enthalten, *aber der wesentliche Inhalt ist die Erbeinsetzung*. Testament ist *das einseitige Rechtsgeschäft, wodurch ein Erbe ernannt wird* ».

Köppen, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts*, § 66, pag. 424: « Aber es giebt auch nach heutigem wie nach römischem Recht kein Testament ohne Erbeinsetzung. Diese bildet *den wesentlichen Inhalt des Testaments*. Ungültigkeit der Erbeinsetzungen bewirkt daher Ungültigkeit des ganzen Testaments ».

Perozzi, *Istituzioni di dir. rom.* (Barbéra, 1908), vol. II, § 203, pag. 417-418: « Il testamento, in origine, è l'atto di nomina dell'erede. Quando si potè unire alla nomina dell'erede altre disposizioni per dopo la morte, il nome di testamento passò a tutto l'atto, contenente la nomina dell'erede e possibilmente codeste altre disposizioni, atto la cui unità concettuale fu data o dalla forma prestabilita dal diritto ad accogliere con la nomina dell'erede anche le disposizioni accennate o dalla continuità della dichiarazione. Ed a questo si rimase. *Senza nomina di erede non v'ha adunque testa-*

mento e d'altro lato la sola nomina basta a costituirlo. I Romani perciò chiamano la nomina stessa *caput et fundamentum totius testamenti;* e dicono che questo ne prende *vim et potestatem.* Difatti se è nulla l'istituzione d'erede, è nullo tutto l'atto: se sono nulle le altre disposizioni e valida l'istituzione, l'atto sta ».

§ 34, *Inst.*, *de leg.*, 2, 20 — Gaii, II, 239: « Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio ».

Ulp., XXIV, 15: « vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit ».

Gaii, *Inst.*, II, 248: « inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur ».

Modestinus, L. 1, § 3, D. *de vulg. et pup. subst.*, 28, 6: « sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet ».

Paulus, L. 20, D. *de iure codicill.*, 29, 7: « Iulianus ait: tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint: et hoc puto rectius dici ».

L'istituzione d'erede non accompagnata da nessuna concreta assegnazione patrimoniale (v. meglio n. IX) è adunque il cardine del testamento.

Ma questa istituzione d'erede non costituisce punto adozione, non fa che l'*heres extraneus* entri nella famiglia; se una adozione è compiuta nel testamento (il che può farsi nei tempi storici, benchè la data d'ingresso di questa adozione testamentaria, di cui le fonti giuridiche non fanno parola, e i suoi effetti siano gravemente controversi), essa è ad ogni modo indipendente dall'istituzione d'erede, anzi, come qualunque altra disposizione, è subordinata all'istituzione, non può precederla, ma deve seguirla, e la sua validità dipende dalla validità dell'istituzione d'erede. Viceversa l'istituzione d'erede può esser compiuta a favore di un figlio, anzi negli esempi letterari e giuridici la persona istituita, quando il testo permetta di stabilire la sua relazione col defunto, è il più delle volte un figlio, e avviene

molto spesso che sia un figlio preferito dal padre o il figlio maschio a preferenza delle femmine (1).

II. Il testamento ha nel diritto romano una completa autonomia. Non si riassume punto nel sistema dei contratti, anzi si contrappone ad essi (2). La parola stessa ha un significato esclusivo, non indica che questo atto solenne. Similmente la capacità di testare (*testamenti factio*) ha una piena ed assoluta indipendenza dalla capacità di contrattare, alla quale non viene mai assimilata. Il *paterfamilias* in età pupillare, ad esempio, può compiere molti negozî senza la *auctoritas tutoris*, può compiere tutti i negozî della vita patrimoniale con l'*auctoritas tutoris*, ma non può *in niun modo* far testamento.

In conseguenza, il patto successorio in qualunque forma è assolutamente proscritto, anzi non è quasi compreso dai Romani. *Hereditas testamento datur.*

III. L'eredità opera una *successio*, il che si verifica tra vivi soltanto quando si acquista una potestà familiare su di un subbietto, come nell'arrogazione, nella *conventio in manum*, ecc.

IV. L'erede, e soltanto l'erede, subentra nei debiti, anche se oltrepassano le forze dell'eredità, in tutti gli oneri del defunto, nei sepolcri e nel culto familiare (i *sacra*).

V. Viceversa il patrimonio attivo può essere integralmente assegnato ad una terza persona o a più terze per-

---

(1) V., per questa interessante consuetudine (d'istituire l'uno tra più figli o il figlio maschio a preferenza delle figlie), nonchè per l'uso pure interessante di onorare di legati il diseredato, i testi del *Corpus iuris* indicati per via di esempio al n. XII (pag. 379, n. 2). Quanto ai testi, in cui si pone espressamente come erede istituito il figlio (non sappiamo o non guardiamo se unico o scelto tra più figli), sono infiniti. Ne riferiamo per pura esemplificazione da un solo titolo: *de legatis*, 31, 1: L. 29 pr.; L. 34, §§ 1, 5, 6, 7; L. 60; L. 69, § 2; L. 70, § 2; L. 76, § 5; L. 77 pr., §§ 4, 7, 8, 9, 10, 19, 21, 30; L. 81; L. 83; L. 86 (pronepos meus), L. 87, § 4; L. 88 pr., §§ 2, 7, 9, 15; L. 89 pr., §§ 1, 6.

(2) Cfr., ad es., L. 20, Dig., 50, 16: « Verba ' contraxerunt, gesserunt non pertinent ad testandi ius ».

sone (i legatari) (1). La caratteristica differenza del legato romano dall'eredità non è, come si suole immaginare per la consueta suggestione dei Codici moderni, nell'essere il legato una disposizione di cose singole e l'eredità una disposizione universale: legato è qualunque assegnazione patrimoniale, sia di cose singole, sia di una quota del patrimonio, sia di tutto il patrimonio. Dopo varie leggi, che non sortirono l'effetto voluto, perchè facilmente davano agio alla frode, l'assegnazione di *tutto* il patrimonio fu impedita dalla *lex Falcidia* (40 a. C.), che volle fosse lasciato libero all'erede il quarto dei beni. D'ora innanzi ai legatari può esser lasciata soltanto una quota fino ai tre quarti del patrimonio: se si viola questo limite, la disposizione patrimoniale non è nulla, ma si riduce, cioè il di più si ritoglie al legatario o ai legatari *pro rata*.

Una mera disposizione di cose singole, e null'altro, il legato romano non divenne mai.

VI. L'istituto degli esecutori generali è ignoto al diritto romano, in quanto l'erede, pur non essendo concepito come un esecutore testamentario, ne riassorbe le funzioni, entro quei limiti, in cui il defunto può imporre all'erede la sua volontà.

VII. L'istituzione di erede rende impossibile il concorso dei successibili *ab intestato*. Anche se l'erede istituito sia dal testatore limitato ad una quota della successione (per esempio, il testatore vuole che egli abbia metà o un terzo), nelle quote vacanti non si chiamano i successibili *ab intestato*, ma chi riceve il titolo di erede consegue integralmente la *successio*, cioè i diritti e gli oneri del defunto. È il principio che si esprime col celebre adagio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

VIII. Se, istituiti più coeredi, l'uno di essi viene a mancare (per esempio, muore prima del testatore o rinuncia)

(1) In tal caso l'erede, o almeno l'erede estraneo (il figlio anche istituito per testamento era erede necessario), aveva aperta l'unica via di rinunciare all'eredità, il che faceva sì che con l'istituzione d'erede cadesse ogni altra disposizione testamentaria (*testamentum irritum*).

nemmeno allora si chiamano alle quote così rese vacanti i successibili *ab intestato*, ma subentrano i coeredi istituiti (diritto di accrescimento).

IX. L'erede non può essere istituito in una concreta assegnazione patrimoniale, per esempio, nei fondi italici o provinciali, nei beni posseduti in Asia o in Pannonia, nei beni mobili, nei crediti del defunto, in genere in un'azienda o in una massa patrimoniale distinta o in un diritto determinato (*heres ex re certa*). Simili dichiarazioni, per cui si chiami alcuno erede, ma in un bene singolo o in una concreta massa di beni, sono per i Romani contraddittorie e nulle, nè si trovò modo di salvarle se non con un espediente molto semplice, ma che dimostra l'incompatibilità del concetto di erede con l'assegnazione patrimoniale concreta, escogitato dal fertile giurista Gallo Aquilio: cancellare l'aggiunta come oziosa e stravagante, e considerare l'erede istituito *ex re certa* come se fosse istituito puramente e semplicemente (*detracta rei certae mentione*).

X. Il testamento non è revocabile se non con la redazione di un nuovo testamento: manifestare una volontà contraria, bruciare le tavole non giova. Ma viceversa, se si redige un nuovo testamento, cioè si compie una nuova istituzione d'erede, essa annulla il vecchio testamento, anche se le disposizioni patrimoniali dei due testamenti siano perfettamente compatibili.

XI. L'erede unico istituito non può esser onorato di un legato. Se è istituito con altri coeredi, il legato per la sua parte, cioè per la parte ch'egli dovrebbe pagare a se stesso, è nullo. Ciò produce in una serie di casi complicazioni e conseguenze pel nostro senso patrimoniale sommamente bizzarre, che qui è fuori di luogo esaminare (*istituto del prelegato*) (1).

---

(1) Le critiche all'iniquità e all'irrazionalità del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* dal punto di vista dei concetti moderni, mentre pure alla coscienza romana dei giuristi.

XII. Il testatore in diritto romano è libero di istituire chi vuole. Se istituisce figliuoli, egli non lo fa per agevolare la divisione *concreta* dei beni tra di loro: la *divisio inter liberos* è d'origine ellenica. Ma d'ordinario di tal facoltà di chiamar chi vuole all'*hereditas* in base agli esempi delle fonti, egli suole usare, in presenza di figliuoli, istituendo uno di essi o istituendo il figlio maschio a preferenza delle figlie (2). I giureconsulti romani richiamano questa libertà di testare alle origini del loro diritto. Dalle XII Tavole, dice Pomponio, « latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, et tutelas quoque constituendi (L. 120, Dig., 50, 16) ». Storiche sono invece le restrizioni a questa assoluta potestà: « sed id (soggiunge tosto Pomponio) interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium ». Di una sola restrizione puramente formale noi non sappiamo con certezza la data; onde per le note induzioni che si traggono dal diritto comparato (estendendo abusivamente al testamento romano le notizie circa il tardo sopravvenire della disponibilità dei beni familiari in pro di estranei, per l'applicazione fallace del termine romano di « successione testa-

---

o anche non giuristi, come Cicerone, il principio sembrava assai naturale, sono abbastanza note. Meno note sono le critiche al prelegato romano, perchè l'istituto stesso ha carattere più limitato e tecnico. Le più acerbe sono riportate in uno studio recente assai bello (Carmelo Scuto, *La teoria del prelegato nel diritto romano, con riguardo alle principali legislazioni moderne e al diritto civile italiano*, pag. 145-147, Palermo 1909). [V. in seguito: *Il prelegato e la successione*].

(2) Tale pare fosse il costume (cfr. L. 47, D., 28, 6; L. 108, § 13, D., 30, 1; L. 114, §§ 15, 16, D., 30, 1; L. 34, § 5, D., 31, 2; L. 41, § 7, D. 32, 3; L. 21, D., 33, 5, ecc.). Dato il carattere della diseredazione romana, è anche uso che il figlio diseredato sia onorato di un legato (L. 38 pr., D., 28, 5; L. 108, § 3, D., 30, 1; L. 114, § 18, D., eod.; L. 34, § 5, D., 31, 2; L. 45, § 1, D., eod.; L. 77, § 7, D., eod.; L. 77, § 9, D., eod.; L. 41, § 7, D., 32, 3; L. 21, D., 33, 5, ecc.), il che, dal punto di vista del diritto greco (v. in seguito n. 6), è giuridicamente inattuabile e moralmente inconcepibile. Talvolta però appare anche istituita la figlia e diseredato il figlio maschio (cfr. L. 19, D., 28, 2; L. 77, § 70, D., 31, 2).

mentaria » ad ogni disposizione di beni a causa di morte), molti scrittori sono indotti a supporre che questa restrizione sia originaria. Gli indizî che si desumono dalle fonti giuridiche e letterarie sono per vero piuttosto nel senso che essa sia opera della interpretazione dei giuristi e spuntata a datare dall'ultima età repubblicana. Ma non entriamo nella disputa, e concediamo pure che essa sia originaria. Quel che importa, ripetiamo, è che questa restrizione ha carattere *puramente formale.* Il *paterfamilias* non è tenuto ad istituire tutti i suoi figliuoli, ma deve espressamente dichiarare diseredati quelli che non vuole istituire: non può, vale a dire, ometterne la menzione, o, come usa dire nel linguaggio giuridico, *preterirli.* Divenne quindi sistema nell'istituire erede o l'uno dei figli o il figlio a preferenza delle figlie o un estraneo, di diseredare gli altri figli o le figlie, le quali potevano esser diseredate in globo, cioè senza far menzione nominativa di ciascuna. A poco a poco, sia per legge, sia per interpretazione della giurisprudenza, la diseredazione obbligatoria si estese anche alle varie categorie di postumi, cioè i figli nati dopo la morte del testatore, dopo la confezione del testamento, ecc., e le varie categorie presero appunto il nome dalle leggi o dai giureconsulti, che vi estesero la diseredazione (*postumi legitimi*, *Aquiliani*, *Velleiani* o *Iuniani*, *Salviani* o *Iuliani*, ecc.). Ma eseguita debitamente la diseredazione, i figli o le figlie diseredate non possono in nessun modo querelarsi. Soltanto a datare dall'età imperiale (per lo innanzi si riteneva dall'età di Cicerone, ma è oggi pacifico che il testo di Cicerone non allude a questa nuova fase) si insinuò l'istituto della legittima, imitato, par certo, dalla *δίκη μανίας* del diritto attico, e, come questa, fondato sulla presunzione di pazzia del testatore.

XIII. Caratteristico nel diritto romano è il *favor testamentorum*, con che s'intende (la cosa è pacifica) non il rispetto alla volontà del defunto, bensì lo sforzo diretto a mantenere in piedi a ogni costo l'istituzione di erede.

XIV. Finalmente il testamento romano esige forme speciali e solenni, anzi, come abbiam detto sopra (v. pag. 369-370), esso è l'atto più solenne del diritto privato romano.

6. Veniamo ora alla διαθήκη (1).

1° Secondo il mio concetto, fieramente contrastato dal De Sanctis, questa non conteneva istituzione d'erede sulla foggia del testamento romano, ma o adozione o assegnazione di beni; e tanto l'uno, quanto l'altro atto ricevono il nome di διαθήκη.

Come l'erede nel testamento moderno, così κληρονόμος nella διαθήκη è, dicevo, la designazione di colui cui perviene il patrimonio: ma non è necessaria una rituale e solenne designazione del successore col titolo di κληρονόμος o anche διάδοχος, da cui debba rigorosamente esulare (mi permetta il De Sanctis l'espressione da causidico, ma siamo in tema) qualunque aggiunta relativa ad elementi patrimoniali concreti. La posizione delle cose è ancor più grave di quel che sia nel diritto moderno, in cui è bensì caduta la rituale istituzione d'erede, ma si distingue tuttavia (in un modo per vero dire non romano, perchè in diritto romano è legatario anche chi riceve l'universalità o una quota, quando non riceva il titolo di erede), l'erede e il legatario.

Ciò che confonde le cose e scusa il De Sanctis è pur sempre il dannoso trasporto di tutta la terminologia romanistica nel diritto successorio greco: istituzione d'erede, legato, testamento, *testamenti factio* (2). Gli è soltanto liberandoci

---

(1) I principî della διαθήκη, che risultano ciascuno in antitesi coi principî del *testamentum*, dovrebbero essere posti l'uno a fronte dell'altro anche nell'esposizione. Data l'impossibilità di ciò fare, prego il lettore di operare via via questo raffronto. L'ordine rispettivo, rigorosamente serbato per la corrispondenza antitetica, è identico: io li ho raggruppati in 14 tanto per la διαθήκη quanto per il *testamentum*].

(2) Il Beauchet, come dicemmo, adopera addirittura la terminologia complicata del Codice civile francese: legatario particolare, legatario universale, legatario a titolo universale (III, pag. 693).

da questa terminologia, liberandoci dall'ossessione dei concetti romanistici, che si potrà ricollocare nella loro vera luce gli istituti ellenici, e segnare anche il filo conduttore in alcune questioni arruffate, nelle quali noi non entreremo in questo studio, sia per non confondere con particolari la discussione, sia perchè intendiamo di fondarci su dati positivamente sicuri, e non concludere al di là.

Le disposizioni a causa di morte, cui si estende abusivamente il nome di *testamento* si riportano in tutte le città elleniche a una data piuttosto recente: gli scrittori ne danno tutti colle stesse parole la consueta ragione che ciò avviene, perchè in questo campo « si manifesta più energicamente la forza del diritto di proprietà personale e di libertà individuale, forza così a lungo nascosta ». La διαθήκη attica, la più nota nella sua storia, prende anch'essa le mosse da una data precisa e da un legislatore celebre. Solone, si dice, avrebbe per la prima volta permesso agli Ateniesi di disporre dei proprî beni a causa di ultima volontà, ma solo in assenza di figli legittimi.

Ecco i testi in cui la legge di Solone ci è riferita (1):

Plut., *Vita Sol.*, 21: Εὐδοκίμησε δὲ κἂν τῷ περὶ διαθηκῶν νόμῳ· πρότερον γὰρ οὐκ ἐξῆν, ἀλλ' ἐν τῷ γένει τοῦ τεθνηκότος ἔδει τὰ χρήματα καὶ τὸν οἶκον καταμένειν, ὁ δ' ᾧ βούλευταί τις ἐπιτρέψας, εἰ μὴ παῖδες εἶεν αὐτῷ, δοῦναι τὰ αὑτοῦ, φιλίαν τε συγγενείας ἐτίμησε μᾶλλον καὶ χάριν ἀνάγκης, καὶ τὰ κτήματα χρήματα τῶν ἐχόντων ἐποίησεν. Οὐ μὴν ἀνέδην γε πάλιν οὐδ' ἁπλῶς τὰς δόσεις ἐφῆκεν, ἀλλ' εἰ μὴ νόσων ἕνεκεν ἢ φαρμάκων ἢ δεσμῶν ἢ ἀνάγκῃ κατασχεθεὶς ἢ γυναικὶ πειθόμενος κτλ.

Dem., *Adv. Lept.*, 102: Ὁ μὲν Σόλων ἔθηκεν νόμον ἐξεῖναι δοῦναι τὰ ἑαυτοῦ ᾧ ἄν τις βούληται, ἐὰν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι.

(1) Data la concordia dei testi nel nostro argomento, a noi non giova occuparci della questione circa l'autenticità di alcune orazioni di Demostene, e dell'altra più grave circa l'autenticità dei documenti inseriti nelle orazioni di Demostene, e in genere negli oratori attici. V. la monografia riassuntiva del Dierup, *Ueber die bei den attischen Rednern eingelegten Urkunden*, in *Jahrb. für kl. Philol.*, Suppl., XXIV, 1898, 223-365.

[Dem.], *Adv. Steph.*, II, 14-15: Ὅσοι μὴ ἐπεποίηντο, ὥστε μήτε ἀπειπεῖν μήτ' ἐπιδικάσασθαι, ὅτε Σόλων εἰσῄει τὴν ἀρχὴν τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι εἶναι, ὅπως ἂν ἐθέλῃ, ἂν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι ἄρρενες, ἂν μὴ μανιῶν ἢ γήρως ἢ φαρμάκων ἢ νόσου ἕνεκα ἢ γυναικὶ πειθόμενος ὑπὸ τούτων του παρανοῶν ἢ ὑπ' ἀνάγκης ἢ ὑπὸ δεσμοῦ καταληφθείς.

Τοῦ μὲν νόμου τοίνυν ἀκηκόατε, ὃς οὐκ ἐᾷ διαθήκας διαθέσθαι, ἐὰν παῖδες ὦσι γνήσιοι.

[Dem.], *Adv. Leoch.*, 49: Τὸ δὲ «κυρίως» κατὰ τῶν ποιήσεων ὁ νομοθέτης ἔλαβεν, ὑπολαμβάνων δεῖν, ὅταν τις ὢν ἄπαις καὶ κύριος τῶν ἑαυτοῦ ποιήσεται υἱόν, ταῦτα κύρια εἶναι.

Isaei, *De Men. her.*, 13: Ὡς οὖν κατὰ τοὺς νόμους ἐγένετο ἡ ποίησις, τοῦτο ὑμᾶς βούλομαι διδάξαι. Καί μοι τὸν νόμον αὐτὸν ἀνάγνωθι, ὃς κελεύει τὰ ἑαυτοῦ ἐξεῖναι διαθέσθαι ὅπως ἂν ἐθέλῃ, ἐὰν μὴ παῖδες ἄρρενες ὦσι γνήσιοι. Ὁ γὰρ νομοθέτης, ὦ ἄνδρες, διὰ τοῦτο τὸν νόμον ἔθηκεν οὕτως, ὁρῶν μόνην ταύτην καταφυγὴν οὖσαν τῆς ἐρημίας καὶ παραψυχὴν τοῦ βίου τοῖς ἅπαισι τῶν ἀνθρώπων τὸ ἐξεῖναι ποιήσασθαι ὅντινα ἂν βούλωνται.

Is., *De Pyrrh. her.*, 68: Ὁ γὰρ νόμος διαρρήδην λέγει ἐξεῖναι διαθέσθαι ὅπως ἂν ἐθέλῃ τις τὰ αὑτοῦ, ἐὰν μὴ παῖδας γνησίους καταλίπῃ ἄρρενας· ἂν δὲ θηλείας καταλίπῃ, σὺν ταύταις.

Is., *De Philoctem. her.*, 9: Οὑτοσὶ ὁ νόμος, ὦ ἄνδρες, κοινὸς ἅπασι κεῖται, ἐξεῖναι τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι, ἐὰν μὴ παῖδες ὦσι γνήσιοι ἄρρενες. ἐὰν μὴ ἄρα μανεὶς ἢ ὑπὸ γήρως ἢ δι' ἄλλο τι τῶν ἐν τῷ νόμῳ παρανοῶν διαθῆται.

§ 28: . . . τοῖς γὰρ φύσει υἱέσιν αὐτοῦ οὐδεὶς οὐδενὶ ἐν διαθήκῃ γράφει δόσιν οὐδεμίαν, διότι ὁ νόμος ἀποδίδωσι τῷ υἱεῖ τὰ τοῦ πατρὸς καὶ οὐδὲ διαθέσθαι ἐᾷ ὅτῳ ἂν ὦσι παῖδες γνήσιοι.

Hyperidis, *Adv. Athen.*, 8, I, I: Ἔτι δὲ καὶ ὁ περὶ τῶν διαθηκῶν νόμος παραπλήσιος τούτῳ ἐστίν· κελεύει γὰρ ἐξεῖναι τὰ ἑαυτοῦ διατίθεσθαι ὡς ἄν τις βούλεται, πλὴν ἢ γήρως ἕνεκεν ἢ νόσου ἢ μανιῶν ἢ γυναικὶ πειθόμενον ἢ ὑπὸ δεσμοῦ ἢ ὑπὸ ἀνάγκης καταληφθέντα.

Ora da nessuno di questi passi si desume il menomo cenno circa l'obbligo di una vera e propria istituzione di erede. Solone, tale è il tenore di tutte le relazioni, ha accor-

dato facoltà di *dare*, di *disporre* dei proprî beni, di *adottare* (ποιήσασθαι) *in assenza di figli legittimi.* E si aggiungono altre limitazioni e cautele, il cui rilievo nel discorso sul testamento o la cui espressa sanzione (i blandimenti muliebri sono probabilmente i *novercalia delenimenta*) ricordano più il diritto romano-ellenico o il diritto moderno che non il diritto romano puro. Non abbiamo insomma nella διαθήκη attica, come nel testamento romano, la nomina pura e semplice di un successore, investito di un titolo oscuro, ma distinto per questo titolo da coloro che sono chiamati in un'assegnazione patrimoniale; non abbiamo questo spezzarsi dell'atto in due parti nettamente distinte, l'una veramente essenziale, l'altra meramente accessoria, di cui la seconda, quella più propriamente patrimoniale, segue alla prima ed è nella sua stessa validità subordinata alla prima.

Se non che vi ha un punto che agevola in questo campo la confusione delle idee, ed è per avventura quello che dovrebbe ammonirci di non confondere la διαθήκη col testamento romano: intendo dire il rapporto della διαθήκη attica con l'adozione. Sembra risultare con certezza che, come in altri diritti greci, e come probabilmente nei diritti germanici, la disposizione di ultima volontà nel diritto di Solone fosse accompagnata da un'adozione; il che armonizza col precetto che non si può testare *se non in assenza di figli legittimi.* L'adozione sia tra vivi, sia compiuta per atto di ultima volontà, è significata nelle fonti greche col nome generico di ποίησις o anche di εἰσποίησις. I termini fare alcuno figlio (υἱὸν ποιεῖσθαι) o donare ad alcuno i proprî beni, disporre dei proprî beni (διδόναι τὰ ἑαυτοῦ, διαθέσθαι) si scambiano o sono adoperati cumulativamente, e le condizioni della ποίησις si ripetono per la διαθήκη.

Questa equivalenza è talmente normale ed impressa nel linguaggio delle fonti che è fuor di luogo addurne esempi: tutte le orazioni di Iseo, che si aggirano per la maggior parte in tema di διαθῆκαι, ne sono documento.

Ciò si può scorgere anche in alcuni dei testi riferiti sopra.

Degli altri riferiamo solo i più interessanti.

Isaei, *De Astyph. her.*, I: Πειράσομαι δ' ὑμῖν ἐπιδεῖξαι ..... ὡς οὔτε ἐποιήσατο ἐκεῖνος υἱὸν ἑαυτῷ, οὔτ' ἔδωκε τὰ ἑαυτοῦ, οὔτε διαθήκας κατέλιπεν κτλ.

Is., *De Arist. her.*, 9: Οἶμαι τοίνυν πάντας ὑμᾶς εἰδέναι, ὦ ἄνδρες, ὅτι κατὰ διαθήκας αἱ εἰσαγωγαὶ τῶν εἰσποιήτων γίγνονται, διδόντων τὰ ἑαυτῶν καὶ υἱεῖς ποιουμένων, ἄλλως δὲ οὐκ ἔξεστιν.

In questi testi, specialmente nel secondo, la δόσις e la ποίησις sono collegate con un vincolo che sembra indissolubile: la διαθήκη è l'atto ed il documento di entrambe. Vi ha di più: la διαθήκη non solo è esclusa in presenza di figli, ma in corrispondenza con questo concetto e con questo ordinamento sembra assurda una διαθήκη a favore dei figli stessi, quando si abbiano figli legittimi e non vi sia quindi bisogno di crearne degli adottivi.

Tuttavia sembra pur risultare dagli oratori attici che per lo meno in progresso di tempo accanto alla διαθήκη con adozione o ποίησις spuntasse una διαθήκη senza ποίησις, e poichè la discussione sul tema si collega con l'altra della facoltà, riconosciuta, per quel che sembra, all'epoca degli oratori attici, di disporre dei proprî beni a causa di morte *anche in presenza di figli legittimi*, si suppone altresì che venisse a determinarsi una « parte disponibile » costituita o di una quota dei beni, o, come darebbe agio a supporre un testo di Iseo, di una determinata specie di essi, i beni invisibili. Gli scrittori ritengono che la modificazione sia intervenuta per opera della consuetudine o della giurisprudenza: io sarei tentato di richiamare nel tema una legge dei trenta tiranni ricordata da Aristotele nella sua costituzione degli Ateniesi, in cui par detto che i trenta tiranni concessero piena libertà di disporre dei proprî beni a favore di chicchessia, togliendo le antiche limitazioni (1).

(1) Arist., *Const. Athen.*, c. 35: ..... περὶ τοῦ δοῦναι τὰ ἑαυτοῦ ὦ ἂν ἐθέλῃ κύριον ἐποίησαν καθάπαξ, τὰς δὲ προσούσας δυσκολίας, ἐὰν μὴ μανιῶν ἢ γηρῶν ἢ γυναικὶ πιθόμενος, ἀφεῖλον ὅπως μὴ ἦ τοῖς συκοφάνταις ἔφοδος. — L'interpretazione domi-

Se non che noi possiamo astenerci dall'entrare in questa oscura controversia, e ci è lecito restare pur sempre su terreno sicuro. Siavi una sola specie di διαθήκη o sianvene due, una con ποίησις, l'altra senza, certo è che entrambe hanno egualmente il nome di διαθήκη, ed è certo altresì che la ποίησις, l'assunzione in qualità di figliuolo, comunque eseguita, non fa che la διαθήκη si riscontri col *testamentum* quanto al suo contenuto fondamentale, come non vi si riscontra in alcun principio. Identificare questa adozione con la romana istituzione d'erede è una confusione di concetti e di termini. La διαθήκη attica ci si mostra in intima e quasi necessaria correlazione con l'adozione: la romana istituzione dell'*heres* nulla ha a che vedere con l'adozione, la quale, se è fatta nel testamento, è distinta dall'istituzione d'erede (ch'è pur sempre in capo al testamento), non ha valore se precede l'istituzione d'erede ed è nulla, come ogni disposizione, se l'istituzione d'erede cade (1). Al greco la διαθήκη in presenza di figli e a favore dei figli stessi, sembra financo assurda, e certo la ποίησις è veramente assurda, perchè un figlio, che è tale φύσει non può divenire ποιητός rispetto al suo padre vero: pel romano l'istituzione di un figlio è l'istituzione normale, tipica. Ma l'assenza di istituzione d'erede nella διαθήκη attica ed ellenica in generale risulta altresì da tutti quanti i documenti, ed è curioso che gli esemplari di διαθῆκαι elleniche siano più numerosi

nante peraltro non è che l'oligarchia abbia tolto le antiche limitazioni *salvo* l'incapacità mentale o l'ingerenza muliebre, ma che abbia invece abolito *soltanto* queste ultime restrizioni.

(1) Che l'istituzione d'erede nel diritto romano fosse nelle origini sue una adozione, è un'ipotesi, cui tutta la struttura del testamento romano ripugna, mentre questa armonizza in tutte le sue parti con l'idea che l'istituzione d'erede fosse quello che è ancora nell'epoca storica, la designazione del successore nella famiglia, salvo che il contenuto della famiglia si è ridotto in epoca storica quasi esclusivamente al patrimonio e a pochi elementi extra-patrimoniali. Ma da questa, come da ogni altra ipotesi circa l'origine del testamento romano, noi dobbiamo prescindere; sarebbe assurdo, d'altra parte, paragonare la διαθήκη attica con un ipotetico e preistorico testamento romano.

che non gli esemplari di testamenti romani, almeno fuori dei testi del *Corpus iuris*. Tralascio i testamenti greco-egizi. Solo in generale giova osservare che le singole clausole di questi testamenti non si allontanano, come vedremo, dalle clausole di rito nel diritto attico. Sono disposizioni di ultima volontà remote dal tipo e dalla solennità romana, e piuttosto analoghe alle odierne, sia per l'impostatura schiettamente patrimoniale, sia pel rilievo che l'atto si compie in contemplazione della morte ed in perfetta sanità di mente. Il testatore comincia con monotona regolarità, dichiarando che egli fa le sue disposizioni (*τάδε διατίθεμαι, τάδε διέθετο*) sano di mente (*νοῶν καὶ φροῶν*) e che intende riservarsi per tutta la vita il godimento de' suoi beni. Indi prosegue: alla mia morte (*ἐάν τι πάθω ὁ πάσχω ἀνθρώπινον*) lascio le mie sostanze (*δίδωμι, καταλείπω, καταλείπω καὶ δίδωμι, καταλιμπάνω τὰ ὑπάρχοντα, τὰ ὑπάρχοντά μοι καὶ ὅσα ἂν προσεπικτήσομαι*).

Ometto anche i testi conservati nelle iscrizioni, che hanno pur essi lo stesso tenore (1). Ma importanti, sia per la loro ampiezza, sia perchè redatti probabilmente tutti, come dicemmo, secondo le norme del diritto attico, sono i testamenti dei filosofi, che furono oggetto di un largo studio da parte del Bruns (2). Questi sono riportati da Diogene Laerzio, e di quello di Aristotele possediamo anche un testo arabo: la loro autenticità, sulla quale fu affacciato un tempo qualche dubbio, specialmente per quel che concerne il testamento di Aristotele, è stata pienamente rivendicata dallo Zeller e dal Bruns stesso: basti ricordare che Diogene Laerzio cita la sua fonte e Ateneo conferma le disposizioni. D'altra parte la falsità storica (a voler essere ultrascettici) non potrebbe infirmare la loro verità giuridica, almeno in quanto il diritto di questi testamenti sia diritto greco.

---

(1) V. Schulin, *Das griech. Testament verglichen mit dem römischen*, pag. 33-50.

(2) Bruns, *Zeitschrift der Savigny Stiftung f. Rechtsgeschichte*, vol. I (a. 1880), pag. 1 e seguenti.

Il primo testamento è quello di Platone, cittadino ateniese, morto nel 347 a. C. Esso è il più singolare di tutti; contiene la liberazione di uno schiavo, la nomina di ἐπίτροποι, un divieto di alienazione relativamente ad un fondo, ecc., ma quanto ai beni sembra un puro inventario. E poichè nel porre il divieto di alienazione si enuncia la volontà che il fondo rimanga presso Adimanto, da ciò scaturisce che Adimanto, probabilmente figlio di suo fratello, fosse l'erede intestato, cui sono devoluti i beni. L'introduzione del testamento è la seguente: Τάδε κατέλιπε Πλάτων καὶ διέθετο. Segue la determinazione precisa del fondo, su cui grava il divieto di alienazione.

Il secondo testamento è di Aristotele, morto nel 322 a Calcide, oriundo di Stagira, colonia alla sua volta di Atene, e ad ogni modo probabilmente città jonica. Potrebbe anche essere che Aristotele fosse divenuto cittadino ateniese ed esprimesse le sue volontà secondo il diritto attico. Questo testamento contiene disposizioni varie, ma non tutte chiare: nomina di ἐπίτροποι, manomissione di schiavi, disposizioni patrimoniali relative alla vedova e agli schiavi liberati, disposizioni relative a statue, alla propria tomba, all'adempimento di un voto fatto in vita da Aristotele. Successori intestati sembrano i figli, Nicomaco e Pitia, destinata sposa a Nicanore. Il testamento è così introdotto: Ἔσται μὲν εὖ· ἐὰν δέ τι συμβαίνῃ, τάδε διέθετο Ἀριστοτέλης.

Segue immediatamente, ed è ben degna di rilievo, la nomina di Nicanore (in via provvisoria di Antipatro) a ἐπίτροπος: il nome di Nicanore è ripetuto nelle successive disposizioni: egli è il vero esecutore testamentario, che compare in tutti i diritti, i quali ignorano la figura dell'erede romano. Oltre all' ἐπίτροπος sono nominati sei ἐπιμεληταί.

Terzo è il testamento di Teofrasto, giurista insigne, oltrechè filosofo, oriundo di Ereso nell' isola di Lesbo, morto nel 288-84 a. C. in Atene, ove possedeva una casa, quindi probabilmente cittadino ateniese. Esso contiene varie disposizioni sui proprî beni in generale (τὰ μὲν οἴκοι ὑπάρχοντα),

su fondi e valori, sui libri, disposizioni relative alla propria tomba, manomissioni di schiavi, ecc. Assai svariati sono gli oneri imposti ad Ipparco: portare a fine alcune opere, collocare una statua di Aristotele, ecc.; singolare è la disposizione relativa al giardino, con cui si ordina una vera fondazione. L'introduzione di questo testamento è la stessa che in quello del maestro: *Ἔσται μὲν εὖ· ἐὰν δέ τι συμβῇ, τάδε διατίθεμαι.* Segue immediatamente una disposizione di carattere generale: *Τὰ μὲν οἴκοι ὑπάρχοντα πάντα δίδωμι Μελάντῃ καὶ Παγκρέοντι τοῖς υἱοῖς Λέοντος.*

Quarto è il testamento di Stratone di Lampsaco, discepolo di Teofrasto, capo per 18 anni della scuola peripatetica, morto nel 270 a. C. Anche egli dispone dei proprî beni, del suo giardino, dei suoi libri, di schiavi e denaro, manomette servi, dà ordini per la propria tomba, nomina *ἐπιμεληταί.* Le parole introduttive, seguite pure da una disposizione di carattere generale sul tipo di quella di Teofrasto, sono: *Τάδε διατίθεμαι ἐάν τι πάσχω. Τὰ μὲν οἴκοι καταλείπω πάντα Λαμπυρίωνι καὶ Ἀρκεσιλάῳ.*

Quinto è il testamento di Licone, discepolo e successore di Stratone, morto nel 226 a. C.; dispone anch'egli sui beni di casa, sui beni in città, i beni in Egina, sul giardino, su oggetti preziosi e somme di danaro, manomette schiavi, dà ordini per il proprio seppellimento e la tomba, ecc. L'inizio è pur sempre il seguente: *Τάδε διατίθεμαι περὶ τῶν κατ' ἐμαυτόν, ἐὰν μὴ δυνηθῶ τὴν ἀρρωστίαν ταύτην ὑπενεγκεῖν. Τὰ μὲν ἐν οἴκῳ πάντα δίδωμι τοῖς ἀδελφοῖς Ἀστυάνακτι καὶ Λύκωνι.*

Sesto ed ultimo è il testamento di Epicuro, cittadino di Atene, morto nel 270 a. C.

È in un certo senso il più degno di nota. Anch'esso contiene disposizioni relative al giardino, donativi particolari, feste da celebrarsi, ordini relativi al seppellimento, ecc., ma il testamento si inizia con una disposizione di pretto carattere universale: *Κατὰ τάδε δίδωμι τὰ ἐμαυτοῦ πάντα Ἀμυνομάχῳ Φιλοκράτους βατῆθεν καὶ Τιμοκράτει Δημητρίου Ποταμίῳ κατὰ τὴν ἐν τῷ Μητρῴῳ ἀναγεγραμμένην ἑκατέρῳ δόσιν.*

Riferiamo da ultimo il testamento di Pasione in Dem., *Adv. Steph.*, I, 28: Τάδε διέθετο Πασίων Ἀχαρνεύς. Segue una disposizione relativa alla moglie: Δίδωμι τὴν ἐμαυτοῦ γυναῖκα Ἀρχίππῃ Φορμίωνι καὶ προῖκα ἐπιδίδωμι Ἀρχίππῃ τάλαντον μὲν τὸ ἐκ Πεπαρήθου, τάλαντον δὲ τὸ αὐτόθεν, συνοικίαν ἑκατῶν μνῶν, θεραπαίνας, καὶ χρυσία καὶ τἆλλα ὅσα ἐστὶν αὐτῇ ἔνδον. ἅπαντα ταῦτα Ἀρχίππῃ δίδωμι.

Conclusione: le notizie circa la legge di Solone parlano di adozioni o assegnazioni di beni, non di istituzione di erede, gli esempi desunti dagli oratori attici e i documenti che noi possediamo, e sono dati per διαθῆκαι, non registrano una sola istituzione d'erede.

Nell'elemento essenziale, primigenio, del testamento romano, l'istituzione d'erede, non vi ha alcuna corrispondenza tra il testamento romano e la διαθήκη ellenica.

Giova tuttavia, perchè l'indagine sia completa e tranquillante su questa parte stessa, relativa al contenuto o alla funzione del testamento, considerare brevemente le disposizioni accessorie fuse col testamento romano e subordinate all'istituzione d'erede. Queste disposizioni accessorie, le quali via via hanno finito con soverchiare la funzione essenziale del testamento, hanno certo un'innegabile analogia col contenuto della διαθήκη ellenica: in questa parte insomma, ed è ciò che abbaglia gli scrittori, il parallelo sembra perfetto. L'impressione è tanto più viva, quando il fenomeno si abbracci nel suo complesso, senza sottoporre ad analisi questi elementi accessorî e ricordare o indagare l'epoca della loro apparizione, e quando si confonda, come è d'uso, il testamento romano col testamento moderno, che una evoluzione più che millenaria ha reso profondamente disforme non dico dal testamento classico, ma dallo stesso testamento del diritto giustinianeo: tuttavia anche a chi distingua e non esca dai confini del diritto romano l'analogia s'impone. Anzitutto le disposizioni patrimoniali della διαθήκη si possono ben paragonare così in generale ai legati del diritto romano; ma la corrispondenza sembra ancor più

schietta se si scende ad altre disposizioni: tutela, manomissione, adozione, norme relative al seppellimento, e alla tomba, esecutori testamentari o mandatari *post-mortem*. Se non che mentre il testamento greco spunta precisamente con questa parte accessoria e ignora l'istituzione d'erede, questa parte accessoria si è certamente aggiunta al testamento romano via via in epoca storica. Il testamento romano originario, e intendiamo anche nelle prime fasi propriamente storiche delle forme *calatis comitiis* o *in procinctu*, non doveva contenere se non l'istituzione d'erede: le XII Tavole sancirono probabilmente per la prima volta la facoltà di lasciare legati nel testamento, di ordinare tutele, di manomettere servi (1).

Ma se la nomina del tutore è lecita al defunto in quanto è sancita espressamente dalle XII Tavole, la nomina di un curatore già non gli è più lecita, almeno con effetto giuridico; essa vale soltanto come una raccomandazione, che il magistrato per vero a datare dall'epoca imperiale si fa un debito di rispettare, ma la nomina stessa è legalmente

(1) A parte l'induzione che si trae dalla storia del testamento e dal principio *uti legassit*, ecc., che non si può riferire all'eredità, ma unicamente ai legati (su di che veggansi gli scritti citati a pag. 362, n. 1, del Fadda e del Mitteis), certo è che per queste tre specie di disposizioni si richiamano espressamente e costantemente le sanzioni decemvirali. Cfr. Ulp., *Fragm.*, 1, 9; 11, 14; 19, 17; Gaii, *Inst.*, II, 224; L. 1 pr., D., 26, 2; L. 20, § 1, D., eod., ecc. — Cfr. ora in questo senso anche Marchi, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXI, fasc. 1, 1910. Il testamento nel senso della istituzione d'erede è nelle XII Tavole presupposto, non espressamente sancito. Si accenna unicamente alla sua mancanza, come una ipotesi che sembra anomala, per stabilire il destino della *familia* in questa ipotesi (si *intestato* moritur). Nè si accenna punto alle sue forme, che sono pure presupposte, non altrimenti che le istituzioni fondamentali del popolo romano. Patria potestà, *manus*, successioni tra vivi, ecc., non hanno infatti espressa sanzione nelle XII Tavole; i giuristi le ricordano come istituzioni stabilite dai *mores*. È un'illusione contro la quale non si reagirà mai abbastanza quella di supporre che le XII Tavole abbiano codificato *tutti* gli istituti ed i *mores* dell'antico popolo.

opera del magistrato, il quale è costretto ad intervenire non altrimenti che nella tutela, quando non sianvi tutori designati dal defunto per testamento, o legittimi.

L'adozione testamentaria è un istituto tardo e misterioso, di cui non fanno motto le fonti giuridiche, e di una efficacia assai dubbia. L'esecutore testamentario è un istituto ignoto al diritto romano e il mandato *post mortem* vi penetra solo nel diritto giustinianeo (1). Per altre disposizioni, che compaiono quasi regolarmente nei testamenti greci conservati, come l'onere imposto all'erede unico di provvedere alla sepoltura, di costruire un monumento, di onorare con una statua il defunto, di celebrar feste e cerimonie, come l'ingiunzione di non alienare, di non manomettere, come gli ordini dati circa l'educazione dei figli, ecc., non solo è palese il loro avvento in epoca storica, ma è altresì documentata la grave circostanza che nel diritto classico simili ordini sono, come dicono i Romani, *nuda praecepta*, hanno un valore puramente e semplicemente morale, non sono giuridicamente obbligatorî per l'erede: *nec obligationem pariunt: actio eo nomine nulli competit* (2).

Soltanto Giustiniano ne ha imposto l'osservanza all'erede. In alcune di queste disposizioni nuove, come i fedecommessi e la misteriosa e travagliata adozione testamentaria,

---

(1) L'interpolazione dei testi relativi al mandato *post mortem* fu avvertita anche nella vecchia dottrina romanistica. Cfr. Bonfante, *Il mandato «post mortem»*, in *Giurisprudenza italiana*, vol. LV, a. 1903. [*Scritti giuridici*, vol. III].

(2) Pomponius, L. 7, D. 33, 1; cfr. anche L. 36, § 1, D., 5, 1; L. 44, D., 40, 4; L. 114, § 13, D., 30, 1. Sotto i Severi in parte e con alcune riserve, ma con la massima larghezza nel diritto giustinianeo, interviene la pubblica autorità per costringere l'erede all'adempimento dell'onere: L. 1, § 3, D., 27, 2; L. 114, § 13, D., 30; L. 7, D., 33, 1, interpol. in fine; L. 71, D., 35, 1, interpol. in fine; L. 17, § 1, D., 40, 4, interpol.; L. 40, D., 40, 4, interpol. in fine. Dopo gli studî del Pernice, *Marcus Antist. Labeo*, III, pag. 37, sul *modus*, siffatte interpolazioni sono pacifiche tra i romanisti. Nel caso di più eredi sembra che già nel diritto classico giovassero all'uopo i poteri dell'*arbiter familiae erciscundae*. Cfr. L. 18, § 2, D., 10, 2.

è probabilissima l'influenza del diritto greco. Tutto riconferma anche in ordine al testamento il risultato generale del movimento odierno di studî: l'influenza del diritto greco è stata potentissima in epoca storica, ma il blocco delle istituzioni fondamentali di Roma è piuttosto in opposizione con lo spirito del diritto greco; poichè, ripetiamo, il contenuto essenziale del testamento romano è l'istituzione di erede.

Esaminiamo ora, dopo il contenuto, i principî della διαθήκη attica sempre in corrispondenza e in comparazione con l'elenco che abbiamo fatto dei principî del testamento romano.

II. Se il testamento romano ha una posizione nettamente autonoma, se i principî ed i termini relativi ai contratti « non pertinent ad testandi ius », se la *testamenti factio* si distingue dalla capacità contrattuale, nulla di simile, anzi il contrario si osserva nella διαθήκη attica. I termini dare (διδόναι δοῦναι), disporre (διατίθεσθαι, διαθέσθαι) non esprimono se non assegnazioni patrimoniali, e sono termini promiscui con le donazioni tra vivi. Lo stesso termine διαθήκη non ha esclusivo riferimento alle disposizioni di ultima volontà; esso significa anche convenzione, patto, ed è noto che tale è il senso della parola nella versione greca della Sacra Scrittura, a cominciare dal titolo stesso delle due parti di essa: è noto, cioè, che la traduzione esatta del titolo stesso delle due parti della Sacra Scrittura sarebbe *vetus* o *novum foedus* o *pactum*, anzichè *vetus* o *novum testamentum*. L'atto, dal lato sostanziale, è chiamato δόσις (1): il contenuto è significato pur esso coi termini δωρεά, δοθέντα (2). Ora sarebbe addirittura una bestemmia (usiamo pure la forte parola) supporre che un romano potesse adoperare la parola *donatio* per significare l'istituzione d'erede,

(1) Cfr. Is., *De Nicostr. her.*, 7, 10; 11, 15; 16, 22; 24, 25, 28. *De Dicaeog. her.*, 16; *De Philoct. her.*, 28; ecc.

(2) Is., *De Cleon. her.*, 18, 22, 24; *De Pyrrhi her.*, 60, 69; ecc.

cioè il contenuto essenziale del testamento: soltanto per il legato, sia nella definizione di esso (*donatio quaedam a defunto relicta ab herede praestanda*), sia nella formula del legato *per vindicationem* (*do lego*) compaiono i termini *donatio* e *dare*.

Gli stessi termini κληρονόμος, κληρονομία, κλῆρος hanno un carattere schiettamente patrimoniale, non significano soltanto (specialmente κλῆρος) un lascito fatto per atto di ultima volontà. Il carattere astratto della parola *heres* potrebbe esser rappresentato dalla voce διάδοχος, che su per giù si fa corrispondere al latino *successor:* ma precisamente la parola διάδοχος non era adoperata per significare il κληρονόμος in base ad una διαθήκη (vedi n. III).

Ma la διαθήκη attica, oltre a non avere un significato tecnico esclusivo, è anche riassunta precisamente sotto i contratti (συμβόλαια) e la capacità subbiettiva del disponente si riassume sotto la sua capacità contrattuale.

Is., *De Arist. her.*, 10: Παιδὸς γὰρ οὐκ ἔξεστι διαθήκην γενέσθαι · ὁ γὰρ νόμος διαρρήδην κωλύει παιδὶ μὴ ἐξεῖναι συμβάλλειν μηδὲ γυναικὶ πέρα μεδίμνου κριθῶν.

Cfr. anche Is., *De Nicostr. her.*, 12.

Ne' papiri alle espressioni διατίθεμαι, δίδωμι si aggiungono quelle più schiettamente contrattuali: ὁμολογῶ, συγχωρῶ.

Siamo in un ordine di idee che non potrebbe esser più straniero e ripugnante al pensiero dei Romani (1).

[Mette conto appena di rilevare che il diritto greco, come il diritto germanico, è il territorio dei patti successorî, specialmente nei contratti nuziali: le συγγράφο διαθῆκαι sono vere διαθῆκαι. Caratteristico è il testamento (così chiamato dagli editori e giustamente, secondo il contenuto, in base al linguaggio usuale) in Elephantine Pap., pag. 22-26, che però nel testo è inscritto: συγγραφὴ καὶ ὁμολογία. Cfr. sopra *Il testamento nel diritto comparato*, pag. 332-333, n. 1 in fine].

---

(1) Degno di nota è che il testamento romano è riassunto sotto il contratto in uno dei testi più sfacciatamente interpolati del *Corpus Iuris:* L. 9 pr., D., 45, 2.

III. Se nel diritto romano l'eredità testamentaria opera una *successio* — come si ha pure una *successio* in quegli istituti per cui si acquista la potestà sul *capite deminutus* — nel diritto greco la διαδοχή, il διάδοχος sono termini riservati alla successione legittima, mentre κληρονόμος, termine, come ho detto, schiettamente patrimoniale, è il solo che si adoperi per l'erede voluto dal defunto. Gli è per ciò che nella frase di prammatica διάδοχος καὶ κληρονόμος le due designazioni non sono pleonastiche, ma, come rilevarono il Longo e il De Ruggiero (1), si richiamano ai due rami della successione. Caratteristica è pure l'antitesi perifrastica: Chi riceve dal defunto, così negli oratori attici, come nei papiri, è κληρονόμος κατὰ διαθήκας, κατὰ τὴν διαθήκην, l'erede legittimo κατὰ τὴν διαδοχὴν κληρονόμος o κληρονομηθείς, l'eredità legittima κατὰ τὴν διαδοχὴν κληρονομία (2).

---

(1) Cfr. De Ruggiero, *Bull. dell'Istit. di dir. rom.*, vol. XIV, 1902, pag. 102 e segg., e quivi (pag. 104, n. 1) il richiamo del Longo e la citazione dei testi.

(2) Cfr. B. G. U., 907, 13; Pap. Flor., 4, 10, 11; Pap. Tebt., 319, 5. Questo linguaggio, al solito, si ripercuote nelle costituzioni imperiali dell'epoca romano-ellenica, le quali pure, nota il De Ruggiero, usano *heredes et successores* in modo antiromano per significare gli eredi testamentari ed *ab intestato* rispettivamente. Io notai altresì l'uso, pur familiare al linguaggio delle costituzioni dell'epoca romano-ellenica, di designare col termine di *successio* la propria discendenza (*Filangieri*, 1905, pag. 254, n. 2 [*Scritti giur.*, I, pag. 334]). Ciascuno vede, ripeto, come il pensiero greco, che attribuisce alla successione naturale, o meglio, per dirla col termine romano, alla successione intestata (terminologia veramente adeguata, poichè la successione testamentaria in Roma non è, come l'attribuzione dei beni per διαθήκη, in antitesi alla successione naturale, in quanto il fine del testamento nell'uso classico stesso è di scegliere tra i figli), una preminenza, rievochi molto da vicino il nostro pensiero antiromano di usare la parola « erede » come sinonimo di figlio: celebrare la nascita dell'erede, ecc. Anche per i Greci, come per i Germani, il cui spirito ha contribuito ad alterare presso di noi la classica istituzione, si potrebbe ripetere il principio già enunciato da Tacito e formulato da un tardo scrittore: *heres gignitur, non scribitur*. Ma l'*heres* greco, in questo senso di continuatore della famiglia, è più propriamente detto διάδοχος che non κληρονόμος.

Degno di nota per mettere in rilievo il carattere astratto e in ultima analisi extra-patrimoniale in se stesso dell'*heres* romano e il carattere

IV. Il κληρονόμος non succede nei debiti, nei sepolcri e nel culto familiare, se non quando abbia luogo una εἰσποίησις, cioè quando egli in sostanza sia divenuto un membro della famiglia, un figlio cui trapassano i beni. [La differenza si può stabilire ora in una maniera ben più profonda. Il concetto della successione ne' debiti e in generale ne' rapporti obbligatorî attivi e passivi al diritto greco non fu mai noto: i debiti del defunto gravano sul suo patrimonio. Cfr. PARTSCH, *Griech. Bürgschaftsrecht*, I, pag. 231 e segg. Ciò vuol dire che il concetto della *successio* nel senso tecnico romano è straniero ai Greci]. A siffatti obblighi si suol provvedere con la nomina di esecutori testamentari.

V. Si suol trasportare nel diritto greco la fondamentale opposizione romana tra l'erede e il legatario, in cui si sdrucciola più facilmente per l'alterazione subìta dal concetto del legato nel diritto moderno a causa dell'alterazione correlativa subìta dal concetto di eredità (divenuto oggi l'appellativo del successore nella universalità o in una quota del patrimonio) e prodotta dalla scomparsa del requisito dell'istituzione d'erede. In realtà i Greci non hanno nè il concetto nè il termine del legato. Il legatario romano, ripetiamolo, è colui che riceve un'assegnazione patrimoniale (sia il patrimonio intero sia una quota del patrimonio, o elementi concreti del patrimonio), il legato grava sull'eredità e l'erede. Chi riceve dal defunto un'assegnazione patrimoniale è nella διαθήκη sempre un κληρονόμος. Distinguere, come usa qualche scrittore, tra i κληρονόμοι coloro che ricevono oggetti concreti o singoli, e chiamare

---

patrimoniale del κληρονόμος mi sembra il veder resa in greco, per quanto è mia cognizione, la espressione frequente nei classici latini (specialmente gli storici) *heres regni*, *imperii*, etc. per significare il re, il magistrato, il generale che succede al predecessore, non già col termine di κληρονόμος, bensì con le forme διάδοχος τῆς βασιλείας o διαδεξάμενος τὴν βασιλείαν, τὴν ἀρχήν. Del resto anche le espressioni metaforiche *heres artis*, *eloquentiae*, *virtutis*, *odii* non hanno, mi sembra, riscontro nell'uso greco di κληρονόμος in tutta la ricchissima letteratura greca.

questi legatari è un arbitrio, e d'altra parte ciò potrebbe sino ad un certo segno dare l'immagine del legato odierno, ma non corrisponde al legato romano. Simili arbitrî, non altrimenti che il trasporto che fa il Beauchet del linguaggio del Codice Napoleone (legatario universale, legatario a titolo universale, ecc.) nel diritto greco, possono essere reputati innocui, anzi utili nell'esposizione; ma poichè portano a fraintendere le istituzioni, innocui non sono (1). Noi abbiamo nella storia del diritto esempi di queste libere sostituzioni di termini ad istituti stranieri, col fine più o meno consapevole di scacciare un diritto coll'altro. Ciò avvenne in larga scala nella lotta medioevale del diritto romano col diritto germanico. Ma la scienza, che pena ancora in questa storia a dipanare l'arruffata matassa delle influenze reciproche del diritto romano e del diritto germanico, la scienza che ricerca la pura verità e non ha lo scopo di sostituire un diritto con l'altro, deve esser cauta nell'uso di simili espedienti. A ogni modo questo è certo che la lingua greca, davvero non povera nè impacciata come la lingua latina nella formazione di sostantivi astratti, due termini per significare i beneficati nella διαθήκη non li possiede.

VI. Nel diritto greco esistono e hanno funzioni importantissime gli esecutori testamentari.

VII. La διαθήκη attica non rende impossibile il concorso degli eredi legittimi, cioè non vige il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, etc., sia essa con ποίησις o senza ποίησις; poichè anche l'εἰσποίητος può essere limi-

(1) [Pretendere poi (cfr. Baudry v. *donatio* in Daremberg-Saglio, II, pag. 382) di ritrovar le traccie di un linguaggio diverso per la eredità testamentaria e il legato nel diritto greco è un puro sogno. I testi citati (Dem., *C. Aphobum*, III, 44, pag. 857; *C. Callippum*, 23, pag. 1342; *C. Phoenippum*, 19, pag. 1044) non fanno altro che chiamar δωρεά la elargizione del defunto, come altri testi numerosi la chiamano δοθέντα e nominano l'atto una δόσις (v. sopra pag. 393): il che attesta soltanto che, a differenza del diritto romano, non c'è opposizione tra le elargizioni tra vivi o *post mortem*.

tato ad una quota del patrimonio, nel qual caso il residuo è devoluto ai κληρονόμοι κατὰ τὴν διαδοχήν.

Is., *De Dicaeogenis her.*, 6: Καὶ ἐπὶ μὲν τῷ τρίτῳ μέρει τοῦ κλήρου Δικαιογένης ὅδε τῷ Μενεξένου Δικαιογένει, ἡμετέρῳ δὲ θείῳ, υἱὸς ἐγίγνετο ποιητός· τῶν δὲ λοιπῶν ἑκάστη τὸ μέρος ἐπεδικάσατο τῶν Μενεξένου θυγατέρων.

Meritano di esser riferite le parole del Beauchet in ordine a questa divergenza: « Le droit romain *partant de cette idée fort contestable de l'indivisibilité de l'hérédité* (1) avait consacré la règle *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* A Athènes, au contraire, on a admis le concours des deux classes d'héritiers, *solution beaucoup plus rationnelle et beaucoup plus respectueuse de la volonté du défunt* (2) ». *Rationnelle*, dal punto di vista greco: i Romani trovano *più razionale* (*naturalis*) il loro principio opposto.

VIII. Il diritto di accrescimento è inconcepibile nella διαθήκη. Già la coesistenza di due υἱεῖς ποιητοί non sembra possibile e non è attestata; ammesso per ipotesi che si potesse verificare, la premorienza dell'uno al testatore o la sua rinuncia, non possono che portare alla successione legittima nella sua quota. Lo stesso ha luogo *a fortiori* quando si abbiano più κληρονόμοι senza ποίησις e l'uno di essi venga prematuramente a mancare.

La volontà del defunto è che ciascuno abbia l'assegno fattogli e questa volontà patrimoniale deve essere rispettata in un diritto, che ignora la posizione preminente dell'*heres* istituito, che soverchia la stessa volontà del defunto.

---

(1) Il principio romano non deriva certo da un'immaginaria indivisibilità dell'eredità, la quale invece è perfettamente divisibile; anche l'*universitas*, che ha favorito questo concetto, è giustinianea. Ma è certo che il principio non si confà con l'intenzione del defunto, cioè con la sua intenzione patrimoniale, alla quale non ha riguardo il diritto romano, mentre di mantenere in piedi ad ogni costo l'istituzione dell'*heres scriptus* il diritto romano ha tanta ansiosa cura, quanto vi ha poco riguardo il diritto attico.

(2) Beauchet, III, pag. 432.

IX. Tutte le difficoltà e i tormenti che alla giurisprudenza romana procurò l'*institutio ex re certa*, cioè l'istituzione in un'assegnazione patrimoniale concreta (mobili di città, beni italici o provinciali, beni castrensi o non castrensi, il fondo corneliano, ecc.) e la disperata soluzione che consiste nel cancellare l'assegnazione patrimoniale sono incomprensibili nella διαθήκη attica. Κληρονόμος è precisamente chi riceve o il patrimonio o un'assegnazione patrimoniale concreta, tra cui non si distingue: una vuota istituzione d'erede non esiste.

X. Si discute (cosa enorme dal punto di vista romano) se la διαθήκη sia revocabile, senza il consenso dell'erede. Non entriamo in questa discussione, perchè intendiamo pur sempre di valerci di dati certi, e il dato certo è questo, che in recisa opposizione al diritto romano, è ammessa nel diritto attico la revoca pura e semplice della διαθήκη cioè indipendentemente dalla confezione di una nuova διαθήκη. Ma più antiromana, s'è possibile, è la compatibilità di due διαθῆκαι.

Is., *De Cleon. her.*, 25: Ἔτι δὲ καὶ εἴ τι προσγράψαι τούτοις ἐβούλετο, διὰ τί οὐκ ἐν ἑτέρῳ γράψας αὐτὰ γραμματείῳ κατέλιπεν, ἐπειδὴ τὰ γράμματα παρὰ τῶν ἀγχόντων οὐκ ἐδυνήθη λαβεῖν;

Gli scrittori trovano modo per vero di confondere le cose e dissimulare l'opposizione tra il diritto romano e il diritto greco, adoperando per questa nuova διαθήκη, per la quale si debbono adoperare le forme stesse, il termine romano di codicillo. Ma questo termine è vólto qui ad un uso che corrisponde, se si vuole, al diritto moderno, ma non corrisponde punto al diritto romano dei codicilli. Il codicillo romano non è nè un testamento, nè un'aggiunta al testamento; esso è una vera disposizione patrimoniale a causa di morte, di cui si rimette l'esecuzione all'erede, poco importa se testamentario o intestato. L'atto stesso non può contenere assolutamente istituzione d'erede, e non esige le forme del testamento; chè anzi esso ottenne sanzione giuridica a datare dall'Impero (anteriormente siffatte

disposizioni erano rimesse alla fede dell'erede legittimo o istituito, onde il nome di *fideicommissum* per la disposizione stessa), in considerazione dei cittadini romani residenti all'estero, i quali non avevano modo di redigere un vero testamento (1).

XI. L'impossibilità di cumulare il titolo di erede con l'assegnazione di un legato, e l'istituto del prelegato, in caso di più eredi, con le sue conseguenze bizzarre (dal punto di vista patrimoniale) costituiscono un complesso di norme, divieti, problemi, che non hanno luogo nè possono aver luogo nel diritto greco.

XII. La διαθήκη attica non è lecita, secondo la legge di Solone, se non quando alcuno sia ἄπαις (è questa una condizione ripetuta a sazietà negli oratori e fondamento precipuo delle liti), e anche in seguito non è possibile escludere totalmente i proprî figli dalla successione. L'istituto della diseredazione è sconosciuto al diritto attico. Nota è invece la legittima dei congiunti, che trapassò, come dicemmo, nel diritto romano.

In uno dei momenti in cui l'opposizione di principî, tradita dall'uso costante dei termini e dei concetti romani, si impone allo scrittore, il Beauchet così si esprime: « Le droit attique nous offre ainsi en cette matière une évolution inverse de celle que l'on rencontre dans le droit romain. Tandis qu'à Rome on était parti du principe de la liberté absolue du *paterfamilias* de tester (*uti legassit ita ius esto*) et par suite d'exhéréder ses enfants, pour apposer ensuite des restrictions à la faculté d'exhérédation et aboutir à la théorie des testaments inofficieux, à Athènes ce fut l'inverse:

---

(1) Pr. *Inst. de Codicillis*, 2, 25: « Dicitur Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cuius auctoritas maxima erat, et quaesisse, an possit hoc recipi nec absonans a iuris ratione codicillorum usus esset..... et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset ».

à l'indisponibilité absolue du patrimoine établie originairement dans l'intérêt des enfants, se substitua progressivement un certain pouvoir de disposition qui, comme dans les législations modernes, conciliât l'intérêt de la famille avec la liberté de l'individu » (1).

Ma il diritto degli eredi legittimi preponderante sulla volontà del defunto ha nella *διαθήκη* manifestazioni singolarissime, che rendono questo atto sempre più remoto dall'idea del testamento romano. Se l'esistenza di figlie non era, come l'esistenza di figli maschi, un ostacolo alla libertà di disporre dei proprî beni, tuttavia questa libertà era concessa al padre solo a patto che disponesse in pari tempo della figlia.

Is., *De Pyrrhi her.*, 68: *Οὐκοῦν μετὰ τῶν θυγατέρων ἔστι δοῦναι καὶ διαθέσθαι τὰ ἑαυτοῦ· ἄνευ δὲ τῶν γνησίων θυγατέρων οὐχ οἷόν τε οὔτε ποιήσασθαι οὔτε δοῦναι οὐδενὶ οὐδὲν τῶν ἑαυτοῦ.*

Più strano di fronte alla libertà romana di testare è il divieto fatto all'*εἰσποίητος* di disporre alla sua volta dei beni ricevuti.

[Dem.], *Adv. Steph.*, II, 14-15 (vedi sopra).

[Dem.], *Adv. Leoch.*, 64: *... ὁ νομοθέτης ἀπεῖπε τῷ ποιητῷ αὐτῷ ὄντι ποιητὸν υἱὸν μὴ ποιεῖσθαι· Τίνα τρόπον διακρίσας περὶ τούτων; ὅταν εἴπῃ « υἱὸν γνήσιον ἐγκαταλιπόντα ἐπανιέναι », δηλοῖ δήπου φανερῶς ὅτι οὐ δεῖ ποιεῖσθαι. ἀδύνατον γάρ ἐστιν υἱὸν γνήσιον ἐγκαταλιπεῖν, ἐὰν μὴ γόνῳ γεγονὼς ᾖ τινι.*

[Dem.], *Adv. Leoch.*, 67-68: *Ὁ γὰρ τοῦ Σόλωνος νόμος οὐδὲ διαθέσθαι τὸν ποιητὸν ἐᾷ τὰ ἐν τῷ οἴκῳ, οἷ ἂν ποιηθῇ· εἰκότως, οἶμαι· τῷ γὰρ κατὰ νόμον εἰσποιηθέντι ἐπὶ τὰ ἑτέρου οὐχ οὕτως, ὡς περὶ τῶν ἰδίων κτημάτων, βουλευτέον ἐστίν, ἀλλὰ τοῖς νόμοις ἀκολούθως, περὶ ἑκάστου τῶν γεγραμμένων ὡς ὁ νόμος λέγει: Ὅσοι μὴ ἐπεποίηντο, φησίν, ὅτε Σόλων εἰσῄει εἰς τὴν ἀρχήν, ἐξεῖναι αὐτοῖς διαθέσθαι ὅπως ἂν ἐθέλωσιν, τοῖς δὲ ποιηθεῖσιν οὐκ ἐξὸν διαθέσθαι, ἀλλὰ ζῶντας ἐγκαλιπόντας υἱὸν γνήσιον ἐπανιέναι, ἢ τελευτήσαντας*

(1) Beauchet, III, pag. 681.

ἀποδιδόναι τὴν κληρονομίαν τοῖς ἐξ ἀρχῆς οἰκείοις οὖσι τοῦ ποιησαμένου.

XIII. Il *favor testamentorum* è un motivo, più che ignoto, inconcepibile nel diritto attico.

XIV. Finalmente la διαθήκη non esige alcuna forma. Gli scrittori davanti a una così formidabile antitesi, ricamano, con candore ineffabile, le solite frasi: « La legge attica, *molto più spiritualista che non la legge romana*, non *prescrive*, ecc. » (1).

7. Abbiamo esposti i principî fondamentali, che rappresentano lo strato più arcaico ed immemorabile del testamento romano, e i principî fondamentali del testamento attico. Nessun elemento di struttura ci presenta la menoma analogia tra i due istituti: posti ad uno ad uno di fronte, essi rivelano la più recisa, la più inconciliabile opposizione. Io sarei grato a chi mi indicasse un principio, un elemento di corrispondenza tra il testamento romano e la διαθήκη attica. Sarei grato e lieto, perchè almeno si potrebbe, sopra un terreno concreto, positivo, discutere. Eliminato ogni elemento di struttura, eliminate le derogazioni *storiche* all'antico istituto, che abbondano specialmente nel testamento militare e delle quali noi non teniamo discorso, perchè riconosciamo largamente l'influenza *storica* del diritto greco sul diritto romano, su che cosa si basa il parallelo? Sulla funzione, sulla trasmissione del patrimonio, non altro. Ho già mostrato quanto sia erroneo, quanto sia antiscientifico correre alla cieca dietro queste, che sono vere apparenze esteriori, e supporre che la scienza del diritto sia ancora in uno stadio così infantile. So bene il vieto sistema di sbarazzarsi degli elementi di struttura o almeno di alcuni di essi con vacue parole: « formalismo, rigorismo, sottigliezze e simili »; ma oramai questi espedienti non fanno più sor-

(1) V. Beauchet, *Hist. du dr. pr. de la rép. ath.*, III, pag. 656. Cfr. anche in Daremberg-Saglio, v° *Testament* (diritto greco).

ridere: muovono la nausea. No, le regole di diritto non sono mai, o per lo meno ciascuna di esse non è, nelle origini, un vuoto formalismo. Esse sono forma, se si vuole, nel senso in cui è forma il suono della parola, nel senso in cui è forma la struttura anatomica. Ma è questa forma che vuol essere studiata per comprendere l'essenza degli istituti, per ricostruirne la storia.

Come il biologo può risuscitare la struttura e la funzione primitiva di un organo dalle sopravvivenze della sua struttura attuale, come il glottologo indaga dagli elementi più reconditi o evanescenti della forma attuale l'etimologia della parola, così il giurista, per rintracciare la funzione originaria di un istituto, deve concentrare precisamente la sua attenzione nelle regole più arcaiche, eliminando quelle comparse in epoca storica.

In confronto della struttura la funzione attuale di un istituto giuridico ha un valore secondario per l'indagine della sua storia e delle sue possibili analogie, non altrimenti che la funzione attuale di un organo o il significato vivo di una parola. Anzi, più secondario ancora, perchè è più facile avvertire la funzione di un organo o conoscere i significati di una parola in tutte le varie sfumature che non comprendere tutta la funzionalità di un istituto.

D'altra parte, indipendentemente sempre da qualunque ipotesi circa l'origine del testamento romano, la storia documentata del testamento romano e della διαθήκη illumina di una luce ben diversa la stessa funzione dei due istituti. Intanto, ripetiamo, in quello che è il contenuto essenziale del testamento romano, l'istituzione d'erede, non abbiamo un parallelo colla διαθήκη.

Ma lo stesso parallelo, che si potrebbe fare tra le disposizioni della διαθήκη e le disposizioni *accessorie* del testamento romano, abbiamo visto come al lume della storia svanisca, in quanto queste disposizioni accessorie compaiono tutte in epoca storica, e non è escluso forse per nessuna che esse derivino da influenza o infiltrazione greca. Scopo

del testamento è la designazione d'erede, non la realizzazione della volontà del defunto al di là di questa designazione.

Fuori della designazione dell'erede, nella quale d'altra parte la volontà del defunto è quanto ai suoi effetti patrimoniali sacrificata, sono cresciute intorno al testamento, quasi come un'erba parassita, altre parti accessorie, nelle quali veramente il rispetto alla volontà concreta del defunto *de eo quod post mortem suam fieri velit*, ha un'espressione schietta e sincera. Ma sono parti limitate e ben definite, in cui aleggia, per così dire, uno spirito nuovo. Certamente è questo spirito che finirà col trionfare. Ma il romanista non ignora che il rispetto alla *voluntas testantium* è un motivo, che si fa valere con sforzo sotto gli ultimi giureconsulti, ed erompe solo nel diritto giustinianeo ed è un motivo perfettamente in antitesi col *favor testamentorum*, il quale mira a tenere in piedi l'istituzione d'erede (1).

Concludendo, non solo nella struttura, ma nella funzione stessa, per chi voglia pur considerare l'evoluzione di questa in epoca storica, anche senza punto risalire ad una ipotetica funzione preistorica, il testamento romano non ha nessun punto di vero contatto con la διαθήκη attica, salvo l'esser entrambi atti *mortis causa*. Tale è il risultato di questa disamina.

(1) L'erede stesso non è nel diritto romano genuino, come si ripete, il continuatore della personalità e della volontà del defunto. Frasi di simil genere si incontrano per la prima volta soltanto in una novella di Giustiniano (Nov. 48). Nel diritto romano classico si è tanto lontani da questo concetto che l'erede non subentra in quei rapporti in cui si richiede veramente la continuazione della volontà del defunto, cioè in quei rapporti che esigono una volontà immanente, come la società, il mandato, il rapporto institorio, il possesso e i rapporti condizionati. L'erede subentra puramente e semplicemente, come si è detto a principio, nella posizione giuridica del defunto, come se questa fosse una carica indipendente dalla personalità e dalla volontà del defunto. La questione peraltro è troppo d'ordine tecnico e dommatico e non è necessario addentrarvisi in questa generale comparazione del testamento romano e della διαθήκη ellenica.

8. Soggiungo in appendice una breve difesa della mia ipotesi sulle origini del testamento romano dalle obbiezioni del De Sanctis, poichè il silenzio deliberatamente serbato su questa parte della mia replica, nonostante la mia dichiarazione espressa che non intendevo trattenermi sulla difesa delle mie idee personali, è stato, al solito, interpretato come un eloquente silenzio.

Entro a malincuore in questa disputa, nella quale il De Sanctis non giurista è per me del tutto fuori di chiave, e mi asterrò da qualunque argomentazione che non sia strettamente necessaria a ribattere le sue obbiezioni: il che mi è facile, per buona ventura, giacchè egli non ha preso in esame uno solo de' miei argomenti.

Il De Sanctis così esordisce (1): « Della fallacia del me-
» todo seguìto dal critico daremo esempio prendendo in
» esame la questione in cui il Bonfante *ha recato maggior*
» *confusione d'idee*, quella del testamento. Che un istituto
» capitale come il testamento avesse presso due popoli, così
» affini in tutto, e la cui struttura sociale era la stessa, ori-
» gini del tutto disparate, *sarebbe cosa miracolosa*. Ora in
» Grecia la genesi del testamento ci è storicamente nota.
» Sconosciuto, per esempio, al legislatore di Gortyna, esso
» in Atene viene introdotto da Solone. E ben sappiamo che
» fosse in origine questo testamento greco, dalla legge ap-
» punto di Solone che lo istituisce, e « il dubbio non è più
» lecito », per dirla con le parole del Bonfante, *perchè il*
» *greco è greco, anche se non tutti i romanisti lo intendono*. Il
» testamento greco è originariamente un'istituzione d'erede
» nel caso che manchi l'erede legittimo. Nella istituzione di
» erede così intesa va dunque cercata pure la genesi del
» testamento romano, la cui essenza consiste appunto nella
» istituzione d'erede ».

---

(1) De Sanctis, op. cit., pag. 408-410. — Spezzo il discorso del De Sanctis, ma lo riferisco integralmente.

Questo esordio è confutato dallo studio precedente: il testamento greco non è istituzione d'erede, ma, come io diceva nella recensione e ripeteva nella replica, o adozione o assegnazione di beni, nè corrisponde al testamento romano in alcun principio.

De Sanctis, l. c.: « Chiudendo gli occhi all'*evidenza* di » questa argomentazione, *calpestando le analogie offerte dal* » *diritto comparato, per ricorrere a scolastiche sottigliezze nel-* » *l'interpretare le esteriorità del testamento romano, mentre ne* » *dimentica la sostanza*, il Bonfante ha immaginato la sua » teoria che il testamento sia in origine una delazione di » sovranità. Mi duole di dovermi trattenere ancora sopra » una dottrina sì remota dal vero e sì profondamente, mi » si permetta la parola, *antistorica*. Ma è bene che il lettore » veda chiaro quali effetti perniciosi alla indagine scientifica » rechi *il formalismo giuridico* ».

A queste frasi si riferivano nella mia replica le parole, con cui io ponevo in guardia contro la confusione di istituti diversi, tendenti a scopo analogo, parole che indignarono il De Sanctis (v. sopra). Quanto ho detto e ripetuto a sazietà, deve persuadere che la struttura degli istituti non è formalismo, ma è il vero strumento della comparazione giuridica e dell'indagine storica: deve persuadere altresì che *antistorico* è solo il metodo di chi presuppone che gli istituti sieno immutabili nelle loro funzioni (1).

De Sanctis, l. c.: « Ora prima di tutto *il testamento nel* » *caso comunissimo che vi siano più figli spezza l'unità della* » *famiglia*; la trasmissione di sovranità richiede il perma- » nere del gruppo, a cui dà un nuovo capo in cambio del- » l'antico; non si possono immaginare due istituti più, nella » loro sostanza, profondamente disformi; e basta questo a

(1) [È stato ora messo in chiaro che questa teoria *antistorica* venne già avanzata dal Vico (v. sopra, pag. 102-103). Capisco che il « primo in Italia dopo Giambattista Vico » (v. pag. 341) può anche far lezione al Genio antico suo pari].

» mostrare l'assurdo del derivare l'uno dall'altro; senza dire
» che dall'immaginario testamento del Bonfante sono esclusi
» di fatto quasi tutti i capi di famiglia, il diritto di testare
» spettando dopo la prima generazione ai capi dei gruppi di
» famiglia ».

Il testamento non spezza nulla nel diritto classico, perchè nel diritto classico la famiglia si spezza da sè: alla morte del *paterfamilias* « singuli singulas familias habent ». Nel caso *comunissimo* (siamo col De Sanctis, almeno per l'età più antica), in cui vi sieno più figli, l'uso *altrettanto comune* di designare un solo dei figli mantiene unito quel che ancora si può mantenere unito, la rappresentanza patrimoniale nei debiti, il culto, i sepolcri, il patronato e in genere i diritti ereditari sui beni e sulle opere dei liberti. Nel diritto primitivo, ammessa la mia ipotesi, l'unità della famiglia si mantiene intera sotto ogni rapporto, perchè il gruppo permane unito sotto il capo designato dal defunto. Senza dubbio l'ipotesi presuppone l'esistenza nell'epoca preistorica d'una famiglia più ampia del tipo classico, al capo della quale unicamente spettasse il diritto di testare, come spetta nel diritto classico al solo *paterfamilias*, ma è questa appunto la parte ipotetica della mia idea, che altrimenti non sarebbe un'ipotesi; e per questo presupposto istesso vi hanno indizî nel diritto romano e indizî nel diritto comparato, che ci presenta gruppi più ampî, i quali alla morte del loro capo si mantengono uniti o sotto il più anziano di essi o sotto un capo designato dal defunto. [Questa famiglia più ampia ritengo ora che sia la *gens*].

De Sanctis, l. c.: « Inoltre contraddice a questa pretesa
» delazione di sovranità l'assenza di ogni traccia di primo-
» genitura in diritto romano. E la supposizione arbitraria
» che i Romani designassero a successore non il primoge-
» nito, ma il più favorito e il più degno non risolve la
» difficoltà, bensì soltanto la sposta, perchè si sarebbe do-
» vuto conservar traccia in ogni modo della preminenza di
» uno tra i figli ».

L'assenza di primogenitura non contraddice, ma conferma la mia ipotesi, perchè il testamento è l'indice di un altro sistema: la designazione del successore per opera del predecessore (1). Pretendere che si conservassero nel diritto classico « traccie della preminenza di uno dei figli » mi sembra strano, se il De Sanctis vuole con questa frase significare che anche nel diritto classico il figlio designato dal defunto dovrebbe conservare un potere personale sugli altri figli: la mia ipotesi non sarebbe ipotesi, se questo potere sugli altri membri della famiglia si conservasse ancora in epoca storica. Se si intende nel senso che perduri l'uso di designare *uno solo dei figli* ad erede, e in quello soltanto concentrare i poteri e i diritti sui liberti, sulle loro opere, sul loro patrimonio, affidare a lui solo la cura di sostenere gli oneri dell'eredità, di curare i sepolcri e il culto, elargendo agli altri dei legati, di esercitare eventualmente la tutela, che ha pure nelle origini carattere di vera potestà (*ius ac potestas*) sulle donne e sugli impuberi, non c'è che da leggere i testi del *Corpus Iuris*, che ho in parte citati a suo luogo.

De Sanctis, l. c.: « Vi è poi a notare che, nonostante le » denegazioni del Bonfante, i modi stessi primitivi del testa- » mento romano, quello dei comizî calati e quello *in pro-* » *cinctu*, dimostrano nella loro solennità e rarità, che esso » era eccezionale e confermano l'insegnamento della giuris- » prudenza etnologica che la successione intestata precede

(1) Per la similarità finale e quindi l'esclusione reciproca delle due istituzioni, il testamento con *latissima libertas* e la primogenitura, un curioso riscontro offre la società francese attuale. Come è noto, lo spopolamento della Francia è attribuito in non piccola parte al sistema successorio del Codice Napoleone, che, abolite le primogeniture e i maggioraschi, induce nelle popolazioni rurali il desiderio di limitare la prole per serbare l'unità dei dominî. Ora, non potendosi ristabilire primogeniture e maggioraschi, si propone da più parti di accordare al capo-casa pieno diritto di testare, affinchè egli abbia facoltà di concentrare in un sol figlio la proprietà e la continuazione del nome e della famiglia.

» la successione testamentaria e che il testamento è un isti-
» tuto recente. Dopo aver contrapposto a questo *argomento*
» una *povera schermaglia* di frasi, il Bonfante soggiunge
» che « ad ogni modo esso non proverebbe nulla, perchè
» la designazione del predecessore non è l'unico modo di
» trasmettere la sovranità ». Poichè oltre alla designazione
» del predecessore, la sovranità nel caso nostro non potrebbe
» trasmettersi che per primogenitura (che se si volesse par-
» lare di nomina fatta dagli adulti del gruppo o di persona
» scelta fuori della famiglia, la teoria testamentaria del Bon-
» fante senz'altro cadrebbe), abbiamo un esempio mirabile
» della logica del nostro giurista, il quale dimentica di
» aver poco prima escluso che alla primogenitura si avesse
» riguardo nella trasmissione dell'eredità ».

I modi primitivi del testamento romano mostrano che esso era un atto solenne ed importantissimo, non che esso fosse eccezionale. Anche il matrimonio, io osservavo nei miei studi, è un atto solenne, il più solenne anzi nella vita privata moderna: e avviene anche di regola che si compia una volta sola; ma tutto ciò non vuol dire che non sia atto ben normale, e piuttosto anormale il farne di meno. La logica, a dire il vero, dovrebbe imporre, nel valutare le antiche solennità in confronto con la mia ipotesi, di prendere appunto in considerazione la mia ipotesi e non la funzione posteriore del testamento: ora la designazione del successore nella sovranità in qualunque gruppo è un atto solenne, che si compie, di regola, a data fissa, ed una volta sola. La gravità e la solennità delle antiche forme impressionano precisamente perchè si ha costantemente di mira la complicata funzionalità posteriore del testamento, la molteplicità delle disposizioni che si aggrovigliano in quest'atto in epoca storica (benchè l'unico elemento essenziale sia pur sempre l'istituzione d'erede) e il conseguente bisogno di mutare e rimutare le singole disposizioni testamentarie.

Quanto alla giurisprudenza etnologica, essa insegna che la libertà del capo-casa di emettere disposizioni *patrimoniali*

a causa di morte, si afferma solo in progresso di tempo; ma attribuire a questa libertà di disposizione a causa di morte il nome del testamento romano, e, ciò fatto, riportare al diritto romano i risultati del diritto comparato, è un duplice arbitrio, perchè, indipendentemente da qualunque ipotesi, il testamento romano non è, nel suo contenuto essenziale e primigenio, una disposizione patrimoniale, ma è l'istituzione dell'erede, il quale può non subentrare affatto nel patrimonio. Se la mia ipotesi ha un merito anche per questo verso, esso consiste nello spiegare il carattere arcaico del testamento romano e la innegabile originaria libertà di testare in un popolo semibarbaro, senza violentare il diritto comparato, e nello spiegare l'indifferenza via via più evidente risalendo in antico, dell'elemento patrimoniale.

La mia contraddizione nel tema della primogenitura e della designazione è una pura apparenza. Se si considera il diritto comparato, cioè il problema generale, certamente la designazione del predecessore non è l'unico modo di trasmettere la sovranità: presso altri popoli, prima dell'avvento dell'elezione, il potere si trasmette al primogenito o al più anziano della famiglia. Ma essa è il modo vigente presso molti popoli e presso il popolo romano, ed è nel popolo romano, io diceva, che non si ha riguardo alla primogenitura nella trasmissione della sovranità.

De Sanctis, l. c.: « Nel ribattere poi l'argomento tratto » dalla giurisprudenza etnologica, il Bonfante mi accusa di » aver gratuitamente confuso il testamento con le donazioni » a causa di morte, e per dimostrare che la giurisprudenza » etnologica segna tra i modi di designazione del succes- » sore tanto la primogenitura quanto la designazione per » parte del predecessore si appella *con molta disinvoltura* » al *Grundriss* del Post, il quale è invece pienamente d'ac- » cordo con me nel sostenere in modo reciso dal punto di » vista del diritto comparato la precedenza della successione » intestata alla testamentaria (II, 197 e segg.) ».

La mia accusa al De Sanctis, per caso strano, questa volta era più grave di quanto egli suppone: perchè io gli imputava di fare un fascio di tutte le istituzioni, che possono servire o venire adibite in progresso di tempo, anche se in origine hanno altra funzione, allo scopo di trasmettere il patrimonio. Circa la precedenza generale della successione legittima alla successione testamentaria, siamo intesi in che senso essa si deve intendere. Successione testamentaria, ripeto, è il termine abusivo di cui usano i comparatisti per significare le disposizioni patrimoniali a favore di estranei, con cui veramente si comincia a violare l'unità della famiglia e l'integrità del patrimonio familiare. Ma il testamento romano non viola l'unità della famiglia, anzi la mantiene. Sino dalla mia recensione io osservava: « Il problema della successione è mal posto ed è perciò che anche menti di una visione più larga delle istituzioni primitive recalcitrano ad ammettere quello che risulta dalle fonti romane: la successione primitiva è sempre legittima, se così si vuole, perchè è assurdo che si chiami a succedere chi è fuori del gruppo.

Ma dato che si debba chiamare un sol membro del gruppo, perchè questa è la necessità della vita sociale primitiva, deve essere il più anziano o la persona designata dal defunto? L'errore che si commette consiste nel porre il testamento in antitesi alla successione legittima o naturale, come usiamo noi dire e non usano in Roma, il che è tanto assurdo quanto sarebbe assurdo nel diritto inglese odierno il porre la primogenitura in antitesi alla successione legittima ».

Quanto all'asserzione che io mi appello *con molta disinvoltura* al *Grundriss* del Post per dimostrare che la giurisprudenza etnologica segna *tra i modi di designazione del successore tanto la primogenitura quanto la designazione per parte del predecessore*, ecco *a edificazione del lettore* i riferimenti integrali del Post (*Grundriss des ethnologischen Jurisprudenz*), di cui pure io citava le pagine!

I, § 65 (trad. it., pag. 190): « Nei consorzi familiari di tipo rigorosamente patriarcale di regola è chiamata alla successione (nella dignità di capo) una sola persona, cioè a dire il nuovo « paterfamilias ». Questa assurge a tale carica o per tacito riconoscimento da parte del gruppo, o per elezione o per via d'eredità (cioè discendenza naturale, secondo l'uso moderno della parola). Il tacito riconoscimento e la elezione sembrano le forme più antiche: entrambe si alternano e si confondono senza una netta distinzione.

Un tipo intermedio tra l'elezione e l'ereditarietà è rappresentato dal sistema della designazione del successore per opera del precedente capo del gruppo familiare ».

I, § 109 (trad. it., pag. 342-344): « Possono aversi i seguenti tipi diversi (di successione alla dignità di capo):

1° Il capo o il re è elettivo, ma non può essere eletta se non una persona appartenente ad una famiglia regnante...

2° *Spesso è in facoltà del capo o del re di designare quale dei membri della sua famiglia debba succedergli nella carica...*

Talvolta la dignità di capo o di re si trasmette a quella persona che al momento opportuno trovasi ad essere il membro più anziano della famiglia intera...

Talora la dignità passa in base al diritto di primogenitura ».

Soggiungo le dichiarazioni del Post circa il rapporto della successione patrimoniale con la successione sovrana primitiva.

I, § 63 (trad. it., pag. 186): « Quando l'ordinamento gentilizio vige nel suo pieno rigore *l'eredità gentilizia coincide col passaggio della dignità di capo del gruppo familiare da una persona ad un'altra. Col passare di questa dignità anche l'amministrazione del patrimonio gentilizio passa nelle mani del nuovo capo del gruppo familiare* ».

II, § 38 (trad. it., pag. 126): « Nei consorzi familiari *il diritto ereditario è nelle origini semplicemente un elemento della potestà.* I diritti e doveri inerenti alla potestà trapas-

sano da un capo familiare all'altro. Con questi diritti e doveri il nuovo capo familiare viene anche ad assumere l'amministrazione del patrimonio gentilizio... Mentre nel diritto attuale la morte di una persona è il presupposto per l'apertura della successione, nel diritto gentilizio la successione può verificarsi anche vivendo il capo della famiglia ».

II, § 41 (trad. it., pag. 133: Capacità di succedere): « Spesso si riscontra, in connessione col fenomeno che *la sovranità familiare e l'eredità nelle origini coincidono*, che è incapace di succedere colui il quale si trova in tale stato corporale e spirituale da non esser in grado di esercitare i diritti e doveri ricongiunti con la successione. Questa causa di incapacità scompare sempre dove i diritti potestativi ed i doveri correlativi si scindono dall'eredità e si provvede ad una rappresentanza degli eredi fisicamente e spiritualmente incapaci ».

II, § 43 (trad. it., pag. 144): « Le disposizioni di ultima volontà sono sconosciute al rigoroso diritto gentilizio. *Il patrimonio familiare trapassa da un capo all'altro* ».

II, § 44 (trad. it., pag. 149): « Nella costituzione familiare gentilizia *l'eredità trapassa senz'altro al nuovo capo familiare*, il quale *con la sua dignità* assume in pari tempo anche l'amministrazione del patrimonio familiare (1) ».

Non aggiungo parole!

Nella chiusa del suo scritto (pag. 460), il De Sanctis celebra il proprio metodo, « il cui fondamento è lo studio

---

(1) Noto che i miei studî sull'origine dell'*hereditas* e dei *legata* sono anteriori al Post: io lavorava esclusivamente su basi romane mercè l'analisi organica delle istituzioni. Qualunque sia il valore di questa conferma proveniente dal diritto comparato, io qui non adduco i passi del Post se non come documento della distrazione inverosimile del De Sanctis. La radice del suo equivoco (egli confonde sempre) è manifesta: basta confrontare sopra l'ultimo passo del De Sanctis col penultimo (II, § 43) del Post.

coscienzioso e, per quanto è possibile, *pieno*, di *tutte* le manifestazioni della vita antica », e inveisce contro il mio « ludibrio di metodo »: tali le sue parole! Il mio metodo egli non lo comprende assolutamente, e quanto alla mia persona egli mi calunnia, accusandomi, ad es., di valermi di seconda mano di testi e di documenti, perchè non do ad essi, come s'è visto, l'interpretazione erronea, che a lui piace, di fraintender sistematicamente gli scrittori (lui, il più malfido relatore delle opinioni altrui!) e tanto quelli che combatto quanto quelli che allego, ecc. Non l'ho imitato e non debbo ora imitarlo in questo convulso linguaggio. Ma lasciando ormai da parte i suoi errori, debbo pur rilevare il vizio scientifico del suo metodo. Premetto anzitutto che una conoscenza piena « di tutte le manifestazioni della vita antica » egli non la possiede, nè ha una mentalità capace di penetrare quelle che studia, nonchè di divinare i territorî, che gli sono stranieri, nè infine si è formato un abito spirituale, che gli permetta di sentire le lacune del suo sapere e gli insinui una certa prudenza e, mi sia lecito ripeter la parola, una certa umiltà scientifica. Ciò posto, il suo metodo è il seguente: dato un elemento, una manifestazione della vita di un popolo abbastanza appariscente (il linguaggio, ad esempio, la sua religione, la sua probabile origine etnica), tutti gli altri debbono essere in armonia con quello, derivare dalla stessa sorgente. « Che un *istituto capitale* come il testamento (egli esclama) avesse presso due popoli così affini in tutto e la cui struttura sociale era la stessa, origini del tutto disparate, *sarebbe cosa miracolosa* ». Questo metodo, d'una semplicità così attraente, cela il pericolo maggiore nel terreno degli studî storici e si fonda in ultima analisi sopra una concezione metafisica assai più insidiosa della vecchia metafisica, in quanto presume di lavorare con dati di fatto, con criterî positivi, mentre dai fatti prescinde. Nulla di più errato dal punto di vista storico che una siffatta unità di origini, una siffatta armonia tra le varie manifestazioni della vita di un popolo. Basta

considerare la presente civiltà europea: la nostra religione, come in parte la nostra morale, è semitica, la nostra arte e la nostra estetica hanno origini greche, il nostro diritto privato è romano, il nostro diritto pubblico ha radici germaniche; e quando le nazioni dell'Estremo Oriente si saranno abbastanza europeizzate, allora uno spettacolo anche più edificante si offrirà ai nostri posteri. Certo nella vita di una data società forze comuni e reazioni reciproche ricompongono i varî fenomeni in una tal quale unità e finiscono con dare a tutti un'aria di famiglia; ma ciò non significa nulla per le origini e lo svolgimento autonomo di ciascuno. Anche le piante d'importazione si acclimatano, ma non per questo cessano di esser d'origine straniera nè cessano di avere anche nel nuovo terreno leggi proprie di vita e di sviluppo.

Il mio metodo, come avrà avuto campo di rilevare il lettore paziente, che mi abbia seguìto fin qui, è precisamente l'opposto: più faticoso (benchè al De Sanctis per una ottenebrazione dello spirito sia parso più agevole), ma veramente positivo. Ogni fenomeno deve essere studiato ne' suoi proprî dati, nel suo andamento, nella curva, per così esprimermi, ch'esso descrive. Ogni istituto sociale è in certo modo un organismo, ha una struttura, una vita sua. Se noi riusciamo a decomporlo nella ricchezza e varietà de' suoi elementi, se riusciamo a segnare per un periodo abbastanza lungo l'apparizione o la scomparsa, l'attenuarsi o l'esaltarsi de' suoi componenti singoli, ad avvertire la persistenza tenace di certi elementi primordiali o la rapida loro decomposizione, potremo stabilire se si tratta di organismo indigeno o straniero o a ogni modo ricostruirne la storia, la fisionomia primitiva, determinare l'essenza genuina.

Esaminati con questo metodo gli *istituti capitali* del popolo romano, mi apparvero diversi radicalmente dagli istituti del popolo greco. Io potrò errare: ma è certo che risparmiarsi qualunque esame e concludere sulla *sola* base di quel *preconcetto* dell'affinità greco-romana (poichè testi

che ci dicano: la patria potestà, la *manus*, il testamento sono istituzioni mutuate dai Greci, non ne possediamo davvero) è una via più comoda certo, ma assai più malsicura: ed è il meno che si possa dire.

Quel preconcetto, su cui *unicamente* si fonda il De Sanctis, anch'io l'ho subìto; ma io l'ho saputo far tacere di fronte ai fatti. Anche ora un'altra simpatia mi spunta: quella delle origini etrusche della civiltà romana e anch'io sarei tentato di esclamare che mi par prodigioso che il diritto romano non abbia subìto potentemente l'influenza etrusca. Ma allo stato delle nostre cognizioni e date le apparenze di un regime matriarcale presso gli Etruschi, nonostante che agli Etruschi si richiami un istituto fondamentale come la *limitatio*, io ho dovuto a malincuore nella mia storia del diritto romano (pag. 205) concludere che per ora « delle influenze etrusche sul sistema del diritto romano noi non siamo in grado di nulla asserire ».

Ciò che dà sicurezza al metodo, anzi ciò che costituisce il metodo, non è il seguire concetti dominanti, teorie di cattedra, il ragionar con motivi triti e formole generali: ma osservare, analizzare i fenomeni, coordinare i dati dell'osservazione. Qualunque sia l'opinione che il lettore predilige — sia pure per tendenze e simpatie del proprio spirito, talvolta non ben chiare nemmeno a se stessi — circa l'origine delle servitù, del testamento romano, in genere circa le affinità greco-romane, questo, spero, non mi sarà disconosciuto: che io esamino alla stregua dei dati positivi le questioni che il De Sanctis risolve con frasi di prammatica e dommi di scuola.

XII.

La διαθήκη ellenica e la "donatio mortis causa" (1).

1. Io credo che nulla abbia reso così vana, anzi spesso dannosa, quella che si chiama la scienza del diritto comparato, bella e ricca fonte di studî schiusa in tempi a noi vicini, come il non riguardare, nella comparazione, alla struttura organica, bensì unicamente alla finalità degli istituti.

Il fenomeno è prodotto dalla conoscenza spesso molto sommaria ed incompleta che si riesce ad avere degli istituti messi in comparazione, la quale si riduce financo alla sola funzione, che è l'elemento più appariscente; ma esso è aggravato dalle categorie nelle quali si reclutano i cultori di questa disciplina. Per quanto il carattere organico degli istituti di diritto non sia stato scientificamente svolto e posto a base, come io credo debba farsi, della scienza del diritto dal punto di vista storico e dommatico, nondimeno il giureconsulto, cui gli istituti si presentano, secondo il motto del Savigny, come entità reali, ha il senso, nutrito dall'esperienza, che l'istituto va contemplato nella sua struttura: il profano al diritto invece non ha l'occhio che alla finalità e può confondere gli istituti più disparati, se hanno scopo analogo o identico.

Ora il diritto comparato è in generale maneggiato non da giuristi, o per lo meno non da giuristi consumati, bensì da una schiera di storici, filosofi, filologi, sociologi, pensatori

(1) Lettura tenuta all'Ist. Lomb. Dai *Rendiconti dell'Ist. Lombardo*, vol. XLVIII, 1915, pag. 453 e seguenti.

della più varia natura. Ma, dato l'assetto ancora embrionale della scienza del diritto, avviene che il giureconsulto istesso cede alle illazioni e ai risultati di pensatori non giuristi.

Quei ravvicinamenti, da cui lo salverebbe il proprio istinto, egli stesso li raccoglie quando son fatti da filosofi, da storici, da filologi. Si aggiunga altresì che la lingua del diritto romano è diventata, per così dire, la lingua franca del diritto, nella quale si traducono le istituzioni civili di tutti i popoli della terra: che la stessa terminologia romana è in generale ambigua, perchè ha un significato diverso nel diritto romano e nel diritto moderno, ove sono trapassati sempre i termini antichi, mentre l'istituto è spesso mutato radicalmente o è addirittura derivato da fonte diversa.

In queste condizioni nessun giureconsulto crederà che io esageri quando asserisco che il diritto comparato è il terreno classico del sofisma per anfibologia: dote, servitù, usufrutto, obbligazione, contratti, solidarietà, tutti istituti e concetti romani, diventano rubriche altrettanto comode, quanto insidiose. Vi ha istituto più noto e più universale della compra-vendita? E tuttavia sa il giurista e specialmente il romanista che semenzaio di equivoci e di errori storici è la comparazione stessa tra la compra-vendita romana e la moderna!

Una conclusione, triste purtroppo, emerge da tutto questo, ed è, vogliasi o non vogliasi confessare, lo stato arretrato della scienza del diritto. I mitologi si sono liberati dalle venerande e tradizionali assimilazioni di Nettuno con Poseidone, di Era con Giunone, di Minerva con Pallade Atena. Noi giureconsulti lavoriamo nel campo del diritto comparato con la stessa disinvolta terminologia con cui Giulio Cesare narrava le divinità degli antichi Celti: *Deum maxime Mercurium colunt: post hunc Apollinem et Martem et Jovem et Minervam* (1). Si procede anzi peggio,

(1) Caes., *De b. g.*, 6, 17.

perchè, data l'assimilazione dei termini generata dall'analogia delle funzioni (*hunc Mercurium ad quaestus pecuniae mercaturasque habere vim maximam arbitrantur*), noi ragioniamo e proseguiamo imperterriti: l'Olimpo greco o la religione romana non pongono per vero Mercurio alla testa degli Dei, ma *senza dubbio* così doveva essere alle origini, poichè i Celti, popolo più arretrato dei Greci, ci rappresentano una fase più arcaica, e pertanto la tradizione del figlio di Giove e di Maia, la degradazione del Dio greco e romano sono certo aggiunte od evoluzioni più tarde (1).

Così proseguiamo, dico, noi comparatisti del diritto, giureconsulti o meno: perchè la mitologia comparata non fa questo grottesco ragionamento (2).

---

(1) L'illazione diventerebbe irresistibile con questo metodo, leggendo che anche presso i Germani, popolo ancor più primitivo dei Celti, Mercurio era pur sempre alla testa degli Dei, come c'insegna Tacito quasi colle stesse parole di Cesare: *Deorum maxime Mercurium colunt* (Tac., *Germ.*, c. 9). Considerando la sicurezza colla quale i comparatisti, in contrasto colle più evidenti testimonianze, pappagallescamente ripetono l'assurdità che il testamento doveva essere ignoto alle origini di Roma, *perchè i diritti primitivi lo ignoravano*, mi vien fatto di pensare se gli studî di diritto comparato non sieno per avventura in quella fase prescientifica in cui erano le indagini circa la storia delle religioni e dei miti presso i Romani!

(2) Io sento l'obbiezione: ma non è forse lecito supporre che, ad esempio, la struttura divergente di un istituto romano rispetto all'istituto greco, che si presenta analogo, sia l'effetto della evoluzione storica? e non è il vizio di voi giuristi di riportare alle origini le costruzioni della matura e nota epoca storica? Ciò è vero: ma la tendenza cui si allude è precisamente il contrario del metodo razionale che io credo si debba seguire e ch'io certo ho praticato sempre, cioè del metodo che potremmo dire naturalistico, che mira a ricostruire la struttura primitiva. Se invero la funzione di un istituto, come il significato di una parola, non è mai nelle origini identica a quella che al giorno d'oggi si manifesta, anche la sua costruzione non è certamente al presente in tutte le sue parti quella che era in origine: anzi può accadere, dopo una lunga evoluzione, che le parti più vitali, più attive, siano di data recente. Ma il giurista, e soltanto il giurista, può rilevare gli strati più profondi, le parti più arcaiche, e non soltanto col sussidio della cronologia e degli indizî propriamente storici, bensì col sussidio della sua stessa cognizione dell'istituto, in quanto gli è dato di valutare il carat-

2. Nessun campo fu così devastato da questa negligenza della struttura degli istituti, da questo correr dietro alle finalità odierne e illudersi mediante l'uso di un'ambigua terminologia, come quello delle trasmissioni a causa di morte. *Testamentum*, *hereditas*, *legatum* hanno nel diritto romano un'essenza e una fisonomia originale, pur operando in ultima analisi trasmissioni patrimoniali a causa di morte: lo stesso termine *successio* rappresenta un concetto originalissimo e isolato in due campi, la trasmissione delle cariche o di una potestà e l'*hereditas*, nè si identifica classicamente col concetto vago e generico del rapporto intercedente tra l'autore e l'avente causa negli acquisti derivativi. Ora nel diritto comparato ciascuno di questi termini è divenuto una rubrica generale; ne' rapporti col diritto greco l'assimilazione ha generato l'ipotesi di una derivazione storica del testamento romano dalla διαθήκη ellenica.

In due studî precedenti io ho inteso dimostrare la divergenza organica del testamento romano dalla διαθήκη (1). Punto per punto tutti i principî fondamentali, primitivi, del testamento romano — non uno solo eccettuato — hanno non il termine corrispondente, ma il termine antitetico nel testamento greco (2).

---

tere delle singole norme, la loro attitudine o inettitudine a soddisfare le finalità, cui l'istituto è oramai adibito, i correttivi più o meno numerosi ad esse arrecati, i quali talvolta finiscono con esaurire l'efficacia di principî che appaiono fondamentali: e quando per avventura l'istituto in tutta la sua ossatura primordiale, che con questo metodo si può ricostruire, ripugna con la nuova finalità, e soltanto per via di una serie di espedienti è ad essa accomodato, allora il riscontro, e più ancora il collegamento storico con istituti aventi la nuova finalità schietta in altri diritti diventa un assurdo.

(1) Il primo: *L'origine dell'« hereditas » dalla successione sovrana e le critiche al concetto* (2ª parte), fu pubblicato nel *Filangieri*, 1905; il secondo: *Le affinità giuridiche greco-romane* (1ª parte), nella *Rivista di storia antica*, 1910 [V. rispettivamente *Scritti giur.*, vol. I, pag. 324 e 337].

(2) Come la mia dimostrazione sia stata intesa precisamente a rovescio dal prof. Gaetano De Sanctis, la cui tesi opposta aveva offerto occasione al mio secondo studio, lo dimostra la posizione da lui assunta

Il cosiddetto testamento greco o è un'adozione a causa di morte, o una donazione a causa di morte. Sotto l'una o l'altra veste esso adempie a un dipresso le finalità patrimoniali odierne del testamento, ma nulla ha di comune col *testamentum* romano, per lo meno quanto alla genesi e alla struttura.

La prova negativa che io ho recato negli studî citati può esser integrata con la prova positiva, cioè con la dimostrazione che gli istituti paralleli alla διαθήκη ellenica sotto entrambi gli aspetti noi li abbiamo nel diritto romano, ma si distinguono nettamente dal testamento.

L'istituto parallelo alla διαθήκη con εἰςποίησις è l'adozione *post mortem*. Come il legato, quest'adozione è stata nel diritto romano ricongiunta al testamento, ma è sempre atto distinto dall'istituzione d'erede, nella stessa guisa che il legato, pura e semplice disposizione patrimoniale, nulla ha di comune con l'*hereditas*. E non è improbabile che l'adozione *post mortem* sia derivata da un'infiltrazione del costume greco: i giuristi peraltro non l'hanno riconosciuta e sembra che

---

di fronte alle mie critiche. Mette conto di riferire, anche come documento psicologico, le parole con cui egli si esprime nella seconda edizione della sua Ατθίς, pag. 213, nota 3, Torino 1912, ove discorre (all'incirca negli stessi termini della prima edizione) della legge di Solone sull'argomento: « Che questa legge sia di Solone, che sia una legge testamentaria, che anzi introduca in Atene il testamento, che il testamento vi appaia come procedente dall'adozione son verità di fatto che si possono ignorare, ma non porre in dubbio. Ciò mostra quel che sia da pensare della teoria di un romanista italiano, che il testamento sia una delazione di sovranità! » (Il punto ammirativo è nel testo del De Sanctis). Come è evidente anche per un puro filologo, che non abbia l'intelletto ottenebrato, io non nego nessuno dei punti relativi alla legge di Solone e non sostengo davvero che la διαθήκη solonica fosse una delazione di sovranità: questo risultato sarebbe anzi il contrario della mia tesi, che è la distinzione organica e storica del *testamentum* romano e della διαθήκη ellenica. E nemmeno impugno l'uso dell'ambiguo termine di testamento, col quale si indica a un tempo stesso l'istituto romano, con la sua *institutio heredis*, e qualunque disposizione a causa di morte, unilaterale e revocabile; poichè riconosco le necessità del linguaggio.

nella consuetudine sociale di adottare per atto di ultima volontà essi non abbiano visto altro che l'obbligo imposto di portare il nome del defunto. Dal punto di vista politico, l'adozione di Gaio Cesare Ottaviano ha certo conseguito ben altra importanza: ma se i pontefici e le curie potevano esser chiamati, in un caso eccezionale d'importanza politica, a convalidare la volontà manifestata dal testatore, non ci risulta punto che questa pratica sia stata ammessa per qualunque privato cittadino.

Più netta è la posizione dell'ordinamento parallelo alla διαθήκη senza εἰςποίησις, cioè la *donatio mortis causa*. Qui abbiamo un istituto romano, le cui linee ci sono ben note e il confronto è agevole.

Premetto che io non intendo trattare il problema genetico della διαθήκη senza εἰςποίησις nel diritto greco. In seguito al mio primo scritto e quasi contemporaneamente al secondo sull'argomento, è stato sostenuto dal Bruck (1), che la διαθήκη senza εἰςποίησις, il cosiddetto *testamento di legati*, è un istituto indipendente dalla διαθήκη con εἰςποίησις, il cosiddetto *testamento-adozione*, e ricollegantesi alla donazione a causa di morte. La tesi, largamente e favorevolmente apprezzata dai giuristi, che sentono quasi istintivamente la distanza tra le due forme (2), non lo fu egualmente dai filologi, ed è stata avversata dal Thalheim (3), dal De Sanctis (4), i quali difendono la vecchia opinione che il testamento di

---

(1) E. F. Bruck, *Die Schenkung auf den Todesfall im griech. und röm. Recht*, I, Breslau 1909.

(2) Cfr. in ispecie: Rabel, in *Z. der Sav. Stift. für Rg.*, vol. XXX, 1909, pag. 465-475; Arangio-Ruiz, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXII, 1910; pag. 260-262; e Wenger, *Das Recht der Gr. u. Röm.*, Leipzig 1914, pag. 268.

(3) *Berl. Philolog. Wochenschr.*, 10 luglio 1909, pag. 877 e seguenti. Rispose il Bruck, *Zur Geschichte der Verfügungen von Todeswegen im altgriechischen Recht*, Breslau 1909. Cfr. anche *Z. d. S. St. für Rg.*, vol. XXXI, 1910, pag. 398-401 (Thalheim), vol. XXXII, 1911, pag. 353-359 (Bruck).

(4) Ατϑίς, *Storia della repubblica ateniese*, 2ª ediz., 1912, pag. 213, nota 3.

legati siasi svolto dal testamento-adozione, e dal Lipsius (1). Io non entro, ripeto, nella controversia. A me basta dimostrare che se la διαθήκη senza εἰςποίησις nella sua struttura nulla ha di comune col *testamentum* romano, essa corrisponde invece, sempre nella sua struttura, alla *donatio mortis causa* del diritto romano.

Brevi parole sulla terminologia. Le voci *dare* (διδόναι, δοῦναι), *donazione* (δωρεά, δοθέντα), se ci portano lungi dal testamento romano, che in nessun modo tollera l'uso di termini siffatti nella istituzione di erede, ci trasportano invece senz'altro nel linguaggio delle donazioni. Ma la stessa voce διαθήκη, mentre è ben lungi dal corrispondere al *testamentum*, ci riconduce pur essa nel campo delle convenzioni e dei patti. È noto quali strani abbagli abbia portato la pretesa equivalenza di διαθήκη e *testamentum* nella versione biblica, che già nel titolo esprime il concetto assurdo di un testamento della divinità e nel testo fa parlare i libri sacri di un testamento di Dio con Noè, con Abramo, con Giacobbe, con Mosè, di un testamento di Giacobbe coi suoi nemici, di un testamento di amicizia di Gionata con David, di un testamento di pace, di un testamento conchiuso con l'esercito nemico, della terra promessa data da Dio al popolo eletto per testamento, dell'arca, che è pegno dell'antico testamento, del sangue di Cristo, che è pegno del nuovo testamento, fa dichiarare al Signore che egli è memore del testamento stretto coi padri del popolo eletto, ovvero stretto tra lui e ogni anima vivente, che è sulla terra, e fa che il Signore a più riprese rimproveri gli Ebrei che essi non osservarono il testamento stretto coi padri loro, ecc. (2). E dire

---

(1) Lipsius, in Meier-Schömann-Lipsius, *Das att. Recht u. Rverf.*, vol. II, pag. 562, n. 58, pag. 563, n. 61, Leipzig 1912. Il Lipsius ritiene senz'altro (ed io non sarei alieno dall'accedere alla sua opinione) che la legge di Solone per se stessa riguardasse promiscuamente la facoltà di donare tra vivi e disporre a causa di morte (loc. cit., pag. 561).

(2) I passi sono infiniti: vedi i luoghi relativi, specialmente nella *Genesi*, e per citazioni più larghe: Dutripon, *Concordantiae*, Paris 1838,

che i Cristiani ridevano così volentieri del *testamentum Jovis mortui* rappresentato sulle scene antiche!

La versione tedesca (*Vermächtnisstestament*, *Legatentestament*) della διαθήκη, per voler essere più esatta, riesce peggiore; essa ha per altro il vantaggio di svelare l'equivoco. Un testamento di legati nel diritto romano è un concetto assurdo, come sarebbe un testamento di tutele o un testamento di manomissioni: il testamento è la designazione dell'*heres* e senza designazione dell'*heres* esso, più che nullo, è nulla, *non est testamentum;* i legati stessi in tanto sono legati e non donazioni a causa di morte, in quanto gravano sull'erede, non già sul patrimonio del defunto (1).

Quanto al regime, precisamente la donazione a causa di morte del diritto romano, non altrimenti che la δόσις del preteso testamento greco, è un acquisto che si fa diretta-

---

voce *Testamentum*, e Trommii, *Concordantiae grecae*, Amsterdam 1878, voce διαθήκη. Del resto l'equivoco è nel caso palpabile, perchè la parola ebraica *Berit*, che venne tradotta dai Settanta con διαθήκη, e nelle varie versioni latine e volgari in generale con testamento, non significava testamento, ma patto. Il testamento, suggellato dall'arcobaleno, per cui Dio s'impegna a non mandar più oltre il diluvio, è ricordato rettamente dall'Alighieri come « lo patto che Dio con Noè pose — Del mondo che giammai più non s'allaga » (Dante, *Paradiso*, c. XII, v. 17-18). Διαθήκη in sostanza non significa se non disposizione e in simili usi rappresenta una specie di statuto, di *Magna Charta* della Divinità. Vedi ora Riggenbach, *Der Begriff der* διαθήκη *in Hebraeerbrief*, Leipzig 1908, e Bruck, *Die Schenkung auf den Todesfall*, pagine 18, 19, nota 3, Breslau 1909.

Per la promiscuità e l'uso pregno dei termini significanti donazione e disposizione a causa di morte (il cosiddetto testamento), v. anche Bruck, loc. cit., *passim*, e Lipsius, loc. cit., pag. 562, n. 52; pag. 563, n. 61.

(1) È stato supposto bensì che il testamento nelle origini non contenesse che legati. Tutta la struttura arcaica dell'*hereditas* parla contro questa supposizione. L'*hereditas* è il contenuto *essenziale*, tutti gli altri elementi rappresentano superfetazioni nel contenuto del testamento.

Comunque, è certo che noi conosciamo il testamento come atto di designazione dell'*heres*, e in nessun modo possiamo attribuire questa denominazione, mettendoci in contrasto con la natura dell'istituto e con le precise attestazioni dei giureconsulti romani, a un atto che non contenga se non legati.

mente di fronte al defunto, non già di fronte all'erede. Gli stessi principî classici, *obligatio ab heredis persona incipere non potest*, *dominium ab heredis persona discedere non potest*, lo impedivano: quindi è che nella donazione a causa di morte del diritto romano, non altrimenti che nella δόσις del diritto greco, sono ignote tutte le complicazioni che spuntano per effetto del legato a favore di uno dei coeredi e dànno origine all'istituto caratteristico del prelegato.

Come la *donatio m. c.* del diritto romano dipende espressamente, o anche tacitamente, in base alle circostanze, dall'evento della morte, e di regola il testatore si riserva il godimento della cosa sino alla morte (1), così la διαθήκη contiene, di regola, la clausola che la δόσις sarà valida per il caso di morte del donante (ἐάν τι πάσχω ἀνθρώπινον e simili) e che il donante si riserva il godimento vita natural durante.

L'espressione *Legatentestament* diventa naturalmente in italiano, per l'indole della nostra lingua, « testamento » senz'altro: così, ad esempio, in questo senso nella pregevole nota del prof. Vogliano, *Una iscrizione greca arcaica*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, vol. XLIX, 1914, pag. 375-384, si sostiene che l'atto è un testamento, non già una donazione a causa di morte. Dato il valore ontologico che ha ormai assunto la parola, io non avrei nulla a ridire, se si tenesse presente che nel diritto romano questo istituto non è in niun modo un *testamentum*, e viceversa corrisponde, *sempre nel diritto romano*, per tutti gli elementi, *anche per quelli che si dànno come caratteristici del concetto ontologico di testamento*, alla *donatio mortis causa*. Osservo soltanto che l'iscrizione commentata dal Vogliano deve integrarsi nella clausola centrale « δίδοτι ταύτ[ῶ] πάντα καὶ ζοὸς [καὶ θ]ανόν »: la lacuna non può in niun modo esser colmata leggendo, col Vogliano, [καὶ ἰκ]ανός; in quanto, come gentilmente mi comunica l'insigne collega Remigio Sabbadini, che ha pure vista, oltre la fotografia, l'epigrafe stessa, non solo in questa non c'è posto che per 4 lettere, non per 6 (su di che il Vogliano stesso conviene), ma è egualmente sicuro in base alla grafia dell'epigrafe che la lettera finale non può esser resa per un ς, bensì per un ν. Ciascuno vede inoltre come la clausola risulti armonica e acquisti senso e valore.

(1) Com'è noto, la formula tipica e volgare di questa situazione è la seguente: il donante *se potius habere vult quam eum cui donat*, L. 35, § 3, D. *de mortis causa don. et cap.*, 39, 7; L. 1 pr. D. *eod.*, e § 1 in fine I. *de don.*, 2, 7; *interpr. vis. ad* L. 1, Cod. Theod., *de don.*, 8, 12.

La *donatio m. c.*, a differenza del testamento, non ha forme speciali che la distinguano dalle cosiddette donazioni *inter vivos*, cioè dalla donazione comune, che i Romani chiamano *directa*, *absoluta*, *non mortis causa*. Soltanto Giustiniano ha creato delle formalità speciali, costituendone quasi un istituto a sè, e riavvicinandola con un tentativo mal riuscito ai legati.

Egualmente la δόσις del testamento greco non ha forme speciali, che la distinguano dalle donazioni comuni. Così il linguaggio, come la forma sono talmente promiscui da costituire il maggior rovello degli ellenisti, e suscitare di frequente il dubbio se si tratti di una donazione *inter vivos*, di una donazione *mortis causa* o di un testamento, secondo l'uso erroneo di questa parola.

Ma il punto culminante e caratteristico di corrispondenza tra la *donatio m. c.* romana e la διαθήκη ellenica è precisamente quel momento che si suole stabilire come caratteristico nel diritto greco per la separazione del preteso testamento dalla donazione a causa di morte. La donazione, si dice, è un contratto che vincola irrevocabilmente. Il testamento è un atto autonomo, cioè unilaterale e revocabile. Siamo in presenza di definizioni ontologiche, sostituite alle realtà storiche. La donazione romana non è un *contractus* nel senso romano, ed è assai dubbio se sia un contratto nel senso moderno, cioè se richieda per la sua validità l'accettazione da parte del donatario. Più dubbia è la cosa nelle donazioni *mortis causa* e si può dire nettamente esclusa la natura contrattuale nel diritto giustinianeo, in cui l'oggetto donato è acquisito al donatario al momento della morte del donante, senza uopo di tradizione, immediatamente, come il legato, pel quale non si richiede alcuna manifestazione di volontà (1). Ma quello che vera-

(1) L. 2, D. *de publ.*, 6, 2. Questa legge, interpolata da Giustiniano, è stata assai torturata, perchè è parso grave l'abbandono della necessità della *traditio;* ma in realtà i termini sono chiari, e ora che abbiamo una visione più chiara delle riforme operate da Giustiniano, non giova più ribellarvisi.

mente importa è considerare positivamente il regime della revoca.

È controverso se il testamento senza εἰςποίησις fosse revocabile *ad libitum* ovvero occorresse il consenso dell'erede; ma i più ammettono la libera revocabilità (1), anzi con questa ammissione stimano di aver non pure salvato il testamento greco, ma stabilito la sua corrispondenza col *testamentum* romano.

Anche questa controversia è in ultima analisi indifferente per noi: noi possiamo senz'altro ammettere che si debba nel diritto greco nettamente separare la δόσις contrattuale, irrevocabile, e la δόσις egualmente concepita per l'evento della morte, ma unilaterale e revocabile *ad libitum*, in una parola, dipendente esclusivamente dalla volontà del disponente. Ma questa revocabilità *ad libitum* vige precisamente nella *donatio mortis causa* romana: fino all'ultimo momento il donante è libero di ritirare la sua donazione o diminuirla o devolverla a favore di altri (2).

---

(1) V., per tutti, Beauchet, *Hist. du dr. pr. de la rép. ath.*, III, p. 608 e seguenti, e Lipsius, loc. cit., pag. 571, n. 87.

(2) È stato sostenuto da un giovane e valoroso romanista, il Biondi (*Appunti sulla « donatio mortis causa »*, parte II, Perugia 1914), che il *ius poenitendi* del donante è un'innovazione giustinianea. Questa ipotesi non tocca la mia comparazione organica. Essa, peraltro (l'osservo solo *per incidens*), nonostante l'acume spiegato dall'autore, è dubbia: gli argomenti dal Biondi avanzati per l'interpolazione dei testi si spuntano e alcuni testi si ribellano assolutamente alla supposizione di un emblema. Quanto poi alla L. 22, D., 24, 1, in cui l'interpolazione è sicura e già riconosciuta, essa fa contro la tesi, perchè mostra piuttosto che nel diritto giustinianeo si esige per la revoca una *espressa* volontà, mentre il diritto classico si accontentava persino di una volontà *tacita*, manifestata, come nell'esempio, mediante l'istituzione a erede dello schiavo donato. Inoltre Paolo (*Sent. Rec.*, III, 7, 3) conosce già la revoca. Il Biondi sostiene che anche Paolo è stato interpolato dai Visigoti. Ma se così è, il movimento per la libera revoca si sarebbe operato indipendentemente in oriente e in occidente, e i motivi che il Biondi adduce per la riforma giustinianea non valgono a spiegare l'affermazione indipendente del *ius poenitendi* in occidente.

Non indaghiamo le ragioni di questo regime delle donazioni *mortis causa*, che per altro, a nostro avviso, non sono punto recondite, perchè tale era il regime classico di tutti i rapporti pendenti, sia sottoposti ad una condizione vera e propria, sia imperfetti, cioè subordinati ad una *condicio iuris*, per esempio al consenso di un terzo: e per vero in ciascuna di queste ipotesi il diritto romano classico ammetteva il pentimento di chi aveva consentito, finchè l'atto non fosse perfetto. Ma è certamente escluso quello che il Bruck accenna (1), che questo diritto di revoca *ad libitum* possa esser derivato da una reazione del testamento sulla *donatio mortis causa*. Anche se ciò fosse vero, si può notare che l'introduzione della revoca *ad libitum* non ha trasformato la *donatio mortis causa* in un testamento. Ma il vero è precisamente che la revoca *ad libitum*, per cui la *donatio mortis causa* del diritto romano si riscontra col preteso testamento greco, non è affatto la revoca del testamento romano.

Si può dire anzi che il testamento genuino romano, il testamento civile, non conosce la vera libertà di revoca. Essa è un'invenzione del diritto pretorio. Noi sappiamo da Gaio (2), che il diritto civile non ammetteva punto che il testamento fosse revocato da un qualunque mutamento di volontà del testatore: anche se questi abbia dichiarato pubblicamente e solennemente il suo pentimento, la sua pre-

---

(1) Op. cit., pag. 23, nota 3.

(2) II, 151. — Anche il noto adagio *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* è relativo nelle nostre fonti ai legati, ai fedecommessi e alle donazioni a causa di morte, ma, come appare dallo stesso tenore dei passi (L. 4, D. *de adim. vel transf. leg.*, 34, 4, e L. 32, § 3, D. *de d. int. v. et ux.*, 24, 1), sarebbe per lo meno eccessivo riferirlo alla *institutio heredis:* forse, anche in ordine ai legati e fedecommessi la frase è interpolata. [Il Bozzoni, *Testamento romano primitivo e sua revocabilità*, pag. 17 e segg., Napoli 1904, sostiene in modo persuasivo che la stessa L. 4, D., 34, 4, è interpolata, e pertanto, anche in ordine ai legati e fedecommessi, la regola non è classica: in breve, questa famosa massima, espressione della revocabilità e simbolo del testamento nella volgare opinione, sarebbe relativa nel diritto classico alle *donationes mortis causa*, non al *testamentum*].

sente volontà contraria, rotto l'involucro, distrutte e bruciate le tavole testamentarie, nondimeno il testamento vale e valgono tutte le disposizioni che vi sono scritte, *licet eorum probatio difficilis sit.* Il testatore non poteva ritogliere in nessun modo la successione all'erede che aveva una volta istituito, se non istituendo nelle debite forme e in modi validi un nuovo erede; il che si ricollega alla funzione che noi per l'antico diritto riteniamo che fosse propria dell'eredità, ma è nel più vivo contrasto con la libertà di revoca come viene comunemente intesa, e come è effettivamente applicata nel preteso testamento greco e nella *donatio mortis causa* del diritto romano.

La διαθήκη ellenica senza εἰςποίησις può esser benissimo chiamata una disposizione di ultima volontà: adoperare il nome di testamento è un abuso: dedurre poi da questo nome dei pretesi rapporti col testamento romano, mentre l'istituto si appaia perfettamente con la *donatio mortis causa* del diritto romano è un'aberrazione storica, che manifesta soltanto la ineffabile potenza delle parole e la frequenza dei sofismi fondati sull'uso delle stesse parole (1).

---

(1) Il Rabel, nella sua elaborata recensione allo scritto del Bruck, rileva le meravigliose corrispondenze tra le disposizioni di ultima volontà dei diritti germanici e il testamento greco, e richiama l'attenzione degli studiosi: *man wird über die Aehnlichkeit staunen* (Rabel, *Zeitschr. d. S. St. für Rechtsgesch.*, vol. XXX, 1909, pag. 473). Il vero è che nei diritti germanici e nel diritto greco siamo veramente in presenza di disposizioni di natura analoga, nè è questo senza dubbio il solo caso nel quale il diritto greco e il diritto germanico si dànno la mano, mentre il diritto romano, con le sue istituzioni tipiche e originali, ci offre esemplari non sempre riducibili negli schemi fissi dei comparatisti, anzi spesso isolati in modo assoluto.

XIII.

Il rapporto dell'eredità coi " legata „ e la teoria del prelegato nel diritto romano e nel diritto civile (1).

Sommario: 1. Riprova del mio concetto dell'eredità dal suo rapporto coi legati. La teoria del prelegato nel diritto romano. — 2. La teoria del prelegato nel diritto moderno. — 3. Oscurità dei principî ed errori pratici.

1. Una mirabile riprova ed un'utilissima applicazione pratica dei concetti da me svolti circa la genesi e la costruzione dommatica dell'eredità e della fondamentale opposizione tra l'eredità romana e l'eredità moderna si ha nello stabilire le relazioni tra eredità e legato.

Queste relazioni tra i due istituti del diritto successorio (2) in niun tema sono così visibili come in quello nel quale essi s'intrecciano e vengono effettivamente in contatto: il legato fatto all'erede stesso e l'istituto correlativo del prelegato. Le molte tortuosità sorprendenti il nostro spirito, che offre la teoria dei legati nel diritto romano, collocate in questa luce divengono chiare e intelligibili, come diventa pure intelligibile che i testi romani in proposito, anche nel silenzio della nostra legge, non sono applicabili nel diritto moderno.

Come è noto, nel diritto romano il prelegato è nullo per la parte che l'erede prelegatario dovrebbe in qualunque

(1) Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII, 1895, pag. 187 e seguenti.

(2) [Nel senso moderno della parola *successorio:* poichè veramente nel diritto classico il legato non opera una *successio*, e qui è la chiave di tutto].

modo sottrarre dalla sua quota ereditaria; l'erede, si dice, non può pagare a se stesso, nè rivendicare da se stesso checchessia: *ipse sibi legatum debere non potest; heres a semetipso vindicare non potest; heredi a semetipso legari non potest* (1). Egli naturalmente serba anche quella parte dell'oggetto prelegato, ma *iure hereditario*, *quasi heres*, come dicono le fonti; a titolo di legato, *iure legati*, *quasi legatarius*, egli acquista soltanto le parti del prelegato che riceve dai coeredi suoi. *Pro parte hereditaria legatum non consistit* (2).

Ora questo principio genera conseguenze davvero inattese, quando concorrano altri fatti giuridici. Già strane abbastanza per noi sono quelle che hanno luogo, quando l'erede deve restituire la sua quota ereditaria a titolo di fedecommesso, ovvero il defunto gli elargisce il prelegato congiuntamente con un estraneo; poichè in siffatte combinazioni la porzione del prelegato, che egli consegue *quasi heres*, gli viene ad esser sottratta, o per l'obbligo di restituire coll'eredità anche questa parte al fedecommissario (salvo ciò che può imputare nella quarta trebelliana), o per il diritto di accrescimento che compete all'estraneo

---

(1) Cfr.: Gai., II, 245; Ulp., *Reg.*, 24, 22; Fr. Vat., 87; L. 18, D. *de leg. et fid.*, 30; L. 34, § 11; L. 116, § 1, *eod.*; L. 18, D. *de leg. et fid.*, 31; L. 40 pr., D. *de leg. et fid.*, 32; L. 18, § 2, D. *de his quae ut ind. auf.*, 34, 9.

Si discuteva bensì dai romanisti se si trattasse di nullità iniziale, e tale era l'opinione più comune, o di nullità sopravvegnente al momento dell'adizione, e tale dottrina mi sembrò già assai più ragionata [Bonfante, *Il prelegato nel dir. civ. ital.* in *Foro Ital.*, vol. XIV, 1889, I, pag. 806 e segg.: nota ripudiata nella sua tesi fondamentale e quindi non riprodotta in questa collezione]. Spetta ora al Ferrini il merito di aver stabilito definitivamente la verità di quest'ultima dottrina, la sola razionale, mercè una luminosa esegesi della travagliatissima L. 75, § 1, D. *de leg. et fid.*, 31, di Papiniano (V. *Teoria dei legati e fedecommessi*, pag. 209 e seguenti).

(2) L. 40 pr., D. *de leg. et fid.*, 32; L. 15, D. *de his quae ut ind.*, 34, 9; L. 74, D. *ad L. Falc.*, 35, 2; L. 18, § 3, D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1; L. 18, D. *de leg. praest.*, 37, 5; L. 1, § 6, D. *quod leg.*, 43, 3. V. anche i testi citati alla nota precedente.

collegatario su questa parte, la quale come legato è caduca (1).

Ma forse le più notevoli e incomprensibili conseguenze della parziale caducità del prelegato si avverano concorrendo come prelegatari nella stessa cosa più coeredi per quote diverse, ovvero concorrendo coeredi prelegatari ed estranei legatari. In queste combinazioni, profittando pur sempre la porzione caduca per diritto di accrescimento al collegatario, ne consegue che gli eredi per quote minori si avvantaggiano della cosa prelegata più che gli eredi per quote maggiori e i legatari semplici, che non perdono nulla e concorrono in tutte le porzioni caduche, più dei prelegatari (2).

Quanto repugnino simili conseguenze alla coscienza nostra, ognun lo sente. Col manifesto intento di respingere il diritto romano in questa parte, alcune legislazioni moderne dichiarano espressamente che il prelegato è valido per l'intero ammontare come legato e deve integralmente beneficare in qualunque modo il coerede prelegatario (3).

Se non che una disposizione simile non l'abbiamo nel nostro Codice civile. Che cosa si deve concludere? Gli è forse che il legislatore italiano ha abbandonato le orme del francese ed è tornato ai principî romani? Veramente in materia di prelegati ciò pare eccessivo; eppure se i concetti generali dell'eredità e del legato sono entrambi gli stessi nel diritto romano e nel moderno, la conclusione è inevitabilmente in questo senso. Il ricorso ai principî generali, cui ci obbliga la logica del diritto, quand'anche non vi fosse l'art. 3 delle disposizioni preliminari, significa nel caso presente ricorso ai principî romani.

---

(1) L. 19 (18), § 3, D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1; L. 86, D. *ad L. Falc.* 35, 2; L. 91, D. *ibid.*; L. 34, § 11, D. *de leg. et fid.*, 30; L. 116, § 1, *ibidem.*

(2) L. 34, §§ 11, 12, D. *de leg. et fid.*, 30; L. 116, § 10, *ibidem.*

(3) Cod. francese, art. 919, 843, 844; Codice austriaco, art. 648; Codice prussiano, I, 12, §§ 262, 271, 273; Cod. bavarese, III, 6, 5, ecc. Simile disposizione conteneva pure il Codice napoletano e contiene il Progetto di Codice civile germanico, all'art. 1845 [Cod. civ. germ., art. 2150].

Ma il vero è che la natura dell'eredità moderna è profondamente diversa dalla romana; il vero è che la bizzarra teoria del prelegato dipende dal concetto romano dell'eredità e il concetto moderno la esclude. L'eredità romana è, come si vide, un istituto nettamente distinto dal legato, in opposizione fondamentale e piena con questo. Essa non trasmette il patrimonio, ma conferisce un titolo personale. Il legato invece è una mera e diretta elargizione patrimoniale fatta dal defunto, e poichè l'erede subentra nel complesso dei rapporti attivi e passivi del defunto *in conseguenza del suo titolo* e quindi inevitabilmente, cioè *per una necessità giuridica che opera indipendentemente dalla volontà del defunto e anche contro di essa e lo colloca al posto del defunto*, è logico che il legato in qualunque modo disposto si debba concepire come una sottrazione fatta all'erede, un carico dell'erede.

Ma se il legato è un carico dell'erede, se esso è in questo rapporto, dirò così, di subordinazione effettiva e sostanziale rispetto all'eredità, il legato a favore dell'erede stesso è nullo per la ragione che l'erede non può sottrarre la cosa dal patrimonio ereditario, *che è il suo per effetto del titolo, anche se il defunto gliene abbia assegnato solo una parte*, per elargirla poi a se stesso (1). La nullità parziale del prelegato proporzionatamente alla quota del coerede prelegatario, donde tutta la teoria del prelegato romano, è adunque una

(1) Ciò esprimono le massime romane: *Ipse sibi* (heres) *legatum debere non potest; heredi a semetipso inutiliter legatur, legari non potest.* Cfr. i testi citati a pag. 431, n. 1.

Io debbo però mettere in guardia contro il modo comune di presentar la ragione della caducità parziale del prelegato, cui dànno adito le frasi dei giureconsulti; cioè il preteso conflitto logico nascente dal dover soddisfare a se stesso un debito. Questo conflitto è meramente immaginario, quando tutto dipende direttamente dalla volontà del defunto; solo allora diventa una realtà, quando sia posto che l'acquisto della quota ereditaria come tale avviene *per una necessità giuridica*, che vi investe di una parte della cosa legata a titolo ereditario in base alla qualità personale di erede, i cui effetti sono indipendenti dalla volontà del defunto.

conseguenza necessaria dell'impossibilità di elargire un beneficio patrimoniale a se stesso dal patrimonio ereditario; principio ch'è alla sua volta conseguenza necessaria della natura dell'eredità romana e dell'essere il legato realmente subordinato all'eredità.

2. Profondamente diversa è la condizione delle cose nel diritto moderno. Eredità e legato non sono due istituzioni fondamentalmente diverse, ma fondamentalmente identiche e parallele. Tanto l'una quanto l'altra sono dirette *disposizioni patrimoniali*, con questa sola differenza: che l'erede assume gli obblighi del defunto nella stessa misura di questo, se così gli piace, e il legatario non è affatto tenuto a ciò. Ora poichè l'erede non acquista un titolo che gli attribuisca *per necessità giuridica* tutto il patrimonio, ma succede direttamente *nell'assegno patrimoniale fattogli dal defunto*, è chiaro che ciò che il defunto gli elargiva per altro titolo, se c'è margine fuori di questo assegno, non può mai rappresentare una sottrazione fatta a lui, un debito ch'egli debba soddisfare a se stesso sulla sua quota. Non è più *la necessità giuridica*, ma *la volontà del defunto* che impera. La ragione stessa che fa incompatibile nel diritto moderno la massima *Nemo pro parte testatus*, ecc., e il diritto di accrescimento dell'eredità romana, rende pure assurda l'applicazione della teoria romana del prelegato. La *volontà del defunto* nel diritto romano si esercitava soltanto con la istituzione dell'erede; gli effetti patrimoniali sono inerenti al titolo ed è il diritto che li vuole. Nel diritto moderno invece la stessa volontà del defunto dispone direttamente del patrimonio e regola quindi gli effetti patrimoniali a suo piacimento.

Si dee seguire adunque in tutto e per tutto la volontà del defunto, poichè questa non è più incatenata all'ostacolo del titolo di erede, che i giureconsulti classici tanto s'affannavano a valicare. Onde se il defunto aveva un patrimonio di 100 e abbia istituito alcuno erede per la metà,

lasciandogli in più un legato di 20, l'unico erede testamentario avrà 50 a titolo di eredità e 20 a titolo di legato; in tutto 70; gli eredi legittimi 30. Se il defunto ha istituito eredi testamentari Tizio e Caio a parti eguali e Tizio legatario per 20, l'uno e l'altro avranno 40 a titolo ereditario e Tizio avrà in più 20 a titolo di legato; in tutto 60. Questa è la volontà del defunto; laddove nel primo caso per diritto romano Tizio erede unico avrebbe avuto tutti i 100 a titolo ereditario e il legato sarebbe stato integralmente nullo, e nel secondo caso avrebbe avuto 60, ma di questi 50 a titolo ereditario e 10 dal coerede a titolo di legato.

3. E in questo senso è anche la nostra giurisprudenza, che considera precisamente il prelegato come un'*anteparte staccata dall'asse ereditario e acquisita a titolo particolare.* Tuttavia la tradizione romana alcuna volta ha indotto un errore stranissimo: perchè si considera tutto quanto il prelegato come *parte integrante dell'asse ereditario.*

Ma più che questo errore io credo interessante e istruttivo un altro commesso da me, ragionando a fil di logica. Il modo poi col quale questo errore m'è stato ribattuto da uno dei nostri più insigni civilisti, il Chironi, rende anche più irresistibilmente manifesto quanto sia utile, dal punto di vista stesso della pratica del diritto, il pervenire alla costruzione genuina del concetto romano e del concetto moderno e alla netta separazione dei due.

In una nota, cui porsero occasione due sentenze, l'una della Corte d'Appello, l'altra della Cassazione di Firenze (1), io sostenni l'applicazione dei principî romani circa il prelegato, cioè la nullità parziale di esso, fondandomi precisamente sul fatto che il nostro Codice non ha, come il francese e altri Codici moderni, espressamente sancito una disposizione abolitiva. Tuttavia la conclusione, alla quale io

---

(1) V. *Foro It.*, XIV, 1889, I, 806-809 [non riprodotta in questa collezione: v. pag. 431, n. 1].

ero trascinato da un'argomentazione dialettica irreprensibile, tanto più dato l'art. 3 delle disposizioni preliminari, mi pareva anche allora abbastanza repugnante « alla semplicità dei rapporti e alla vera attuazione della volontà del defunto », nè io poteva biasimare quelle legislazioni, che « indotte da motivi di utilità e di semplicità » avevano espressamente sancito principî contrari, benchè di diritto singolare, come io li giudicava allora. Io mi consolava dichiarando che simili conseguenze possono essere sempre cansate « quando il contrario si debba indurre dalla volontà del testatore » (1); il che posto, la mia obbedienza ai principî era poco men che un esteriore atto di fede, poichè non si sa quando dalla volontà del defunto non si debba indurre il contrario.

Codesta incompatibilità della teoria del prelegato collo spirito moderno ebbe un caloroso assertore nel Chironi. Se non che (il fatto mi par degno di tutta l'attenzione) per ribattere la mia disgraziata, per quanto logica, tesi, egli non trovò altro spediente che quello di svisare e tradire il diritto romano, ammettendo nell'epoca della giurisprudenza classica regole, opinioni, controversie assolutamente incompatibili coi principî e coi testi romani e prettamente immaginarie. Giova riferire in proposito dalla *Rivista giuridica italiana* (2) tutto il suo discorso.

Posta la questione come si debba considerare il prelegato rispetto all'erede che vi è chiamato, egli prosegue: « Da un lato si bada alla posizione dell'erede che è in pari tempo prelegatario, e non può avere a questo titolo quello che ha già presso di sè, e *ope legis* per virtù della istituzione: dall'altro non vuol essere trascurata la volontà del *de cuius*, il quale ha inteso di avvantaggiare la stessa persona, sotto due rispetti. Questi due concetti dànno fondamento alle due teorie, delle quali una insegna che il pre-

(1) *Foro It.*, nota citata.
(2) Anno 1890, pag. 356-358.

legato si confonde con la quota ereditaria in quella porzione che dovrebbe essere sopportata dallo stesso erede prelegatario, e l'altra afferma che il prelegato sia fuori della quota ereditaria, e l'erede debba riceverlo per intero nella sua qualità di prelegatario. Il Codice civile italiano non ha una disposizione espressa su questo punto: l'interpretazione quale dovrà accettare delle due dottrine, come meglio rispondente al sistema della legge? ».

« La prima, si afferma da alcuni (v. Bonfante, *Foro italiano*, loc. cit., in nota). Sarebbe questa la teoria seguìta dai giureconsulti romani, e, nel silenzio della legge, la tradizione storica ne suggerisce l'accoglimento, perchè la seconda dottrina, sebbene sanzionata dal diritto positivo di alcuni Stati (e v. da ultimo *Prog. di cod. civ. germ.*, § 1845, e *Motivi* su questo §), non risponde esattamente ai principî come l'altra, che ne è la deduzione rigorosa. È buono quest'argomento? *ed è poi vero che, secondo la teoria romana, il prelegato fosse assolutamente nullo proporzionatamente a quella parte che stava a carico della quota dell'erede prelegatario? Ne dubitiamo:* ed a conferma del nostro dubbio sta la terminologia, che a denotare come la qualità di prelegatario rimanga confusa in quella di erede, non rendendo *nullo* il prelegato che l'erede si dovrebbe, ma per la impossibilità di esercitare questo diritto contro se stesso, avverte che nella parte che l'erede dovrebbe a se medesimo, l'acquisto avviene *quasi heres;* sta pure a conferma la regola sul diritto di accrescimento fra più eredi congiunti nel prelegato, o fra uno e più estranei e l'erede, perchè, se per la porzione che s'è detto il prelegato fosse *nullo*, e per conseguenza si dovesse intendere come diminuito fin da principio di quella parte che l'erede si dovrebbe, non si capisce come questa parte possa poi riprendere esistenza per comodo degli altri prelegatari; sta ancora il fatto che se la dottrina della nullità fosse vera, l'erede prelegatario non potrebbe acquistare tutta la parte rimasta caduca, ma vi dovrebbero concorrere gli altri eredi sebbene non prelegatari; e final-

mente si deve avvertire come la istituzione del diritto di accrescimento si riferisce, nel periodo della giurisprudenza classica, ai legati ordinati per *vindicationem* e per *praeceptionem*, nei quali il legatario succedeva direttamente al testatore, rispetto alla cosa legata, nè si trovava in rapporto di obbligazione con l'erede (L. 80, D. *de leg.* II, 31; v. Gai., II, § 194; e §§ 217-221) ».

« Quest'ultima considerazione ci muoverebbe a ritenere che nel diritto romano classico la istituzione del prelegato producesse il suo effetto separatamente dall'acquisto per via di successione ereditaria; le due istituzioni rimanevano distinte, sebbene rispetto all'erede prelegatario sorgesse per effetto della confusione l'impossibilità di esercitare in proporzione alla sua quota il suo diritto nascente dal prelegato; impossibilità che nel caso di più prelegatari congiunti doveva dar luogo all'accrescimento, e nel caso opposto dava causa all'acquisto *quasi heres*. Il diritto italiano ha seguito questo concetto pei legati in genere, perchè il legatario acquista il diritto sulla cosa speciale che gli è stata legata per virtù della vocazione, e dall'erede domanda solo il possesso (Cod. civ., art. 863): nè per la validità del legato è necessario vi sia nel testamento istituzione di erede. Il che vuol dire che l'istituzione del prelegato è distinta giuridicamente dalla ereditaria, è al di fuori della quota di eredità; l'erede prelegatario non potrà domandare a se stesso la parte rispondente all'onere che grava sulla sua quota, ma può averla come prelegatario quando faccia venir meno la confusione rinunciando alla qualità di erede. Altrimenti si dovrebbe affermare che la rinuncia non gli gioverebbe per questa parte, e che di questa si dovrebbe diminuire la obbligazione di conferire, che il *de cuius* gli avesse imposta, il che non è (Cod. civ., art. 1003, 1008) ».

Ora in ciascuna delle asserzioni romanistiche dell'illustre civilista di Torino siamo fuori dall'opinabile. Già non esisteva nel diritto romano classico e non esiste più ora tra i romanisti una teoria che ponga tutto il prelegato fuori

della quota ereditaria e affermi che l'erede debba riceverlo per intero nella sua qualità di prelegatario (1). Il prelegato è poi dichiarato le mille volte *nullo* per la parte che onera la quota dell'erede prelegatario e non è lecito avanzare il dubbio che non sia nullo. Il dire che il prelegatario consegue questa parte *quasi heres* non significa il contrario della nullità, ma esprime precisamente il motivo della nullità. Ed appunto perchè questa parte del prelegato è nulla *come legato* a favor dell'erede, essa viene a essere acquisita per diritto di accrescimento ai coeredi che sieno anch'essi prelegatari o agli estranei legatari: non è che *riprenda esistenza* per comodo altrui, ma gli è che la caducità di una quota dell'oggetto legato profitta necessariamente al collegatario dell'oggetto stesso, e nel caso di prelegato impedisce che l'erede prelegatario la trattenga *quasi heres*. Erronea pure è l'asserzione che gli altri eredi, *sebbene non prelegatari*, dovrebbero concorrere nella parte caduca, ove la dottrina della caducità fosse vera. Cotesta parte è caduca appunto perchè parte della *sua* quota ereditaria, ed è caduca come legato; se i coeredi non l'acquistano per diritto di accrescimento in qualità di prelegatari congiunti, chiamarli in questa porzione come eredi sarebbe chiamarli a svaligiare un loro collega. Ancora: che la istituzione del diritto di accrescimento tra prelegatari congiunti si riferisse nel periodo della giurisprudenza classica ai legati ordinati *per vindicationem* e *per praeceptionem*, non a quelli *per damnationem* è giusto, ma non significa se non quello che significa: cioè che il diritto di accrescimento tra prelegatari congiunti si riferiva nel periodo della giurisprudenza classica, ecc. La caducità parziale del prelegato resta sempre la stessa.

Da tutto il ragionamento e dalle ultime parole della sua non felice argomentazione romanistica pare che l'errore

---

(1) Lo sostenne l'Arndts per il diritto giustinianeo; ma era, anche per diritto giustinianeo, uno sforzo del senso moderno, campato su argomenti debolissimi, che il Ferrini ha distrutto.

fondamentale del Chironi sia di supporre che l'acquisto *quasi heres* valga piena validità del prelegato. Ciò è confermato da un fatto assai strano: egli afferma che il nostro diritto ha seguìto questo concetto. Ma questo è precisamente il concetto della caducità, è il concetto romano, è quello ch'io sosteneva anche per il nostro diritto nella nota da lui combattuta e da me ripudiata: il prelegatario moderno acquista *tutto quanto* il legato *quasi legatarius*. Io non so se tale errore abbia indotto il Chironi a supporre che al prelegatario secondo la teoria della caducità doveva venir sottratta una parte dell'oggetto prelegato ed egli così venga ad aver meno che non ammettendo la validità piena del prelegato. Ma ciò non è, salvo che non si avverino alcune evenienze speciali, come l'obbligo alla restituzione della quota ereditaria o la congiunzione con altri legatari. Di regola il prelegatario romano viene ad avere complessivamente, tra eredità e legato, la stessa quantità totale del prelegatario moderno: la sola differenza è che nel diritto romano egli è per una parte erede, nel diritto moderno egli è considerato come legatario in tutto l'oggetto prelegato.

V'ha un punto nel discorso del Chironi, in cui la ragione vera, per cui la teoria del prelegato romano è respinta dal diritto moderno, pare gli s'affacci alla mente, ed è quando egli, quasi avvertendo che ai nostri giorni non esiste più una sostanziale dipendenza del legato dall'eredità, nota che « ora per la validità del legato non è necessario vi sia nel testamento istituzione di erede ». Ma le altre osservazioni circa l'acquisto del legato e circa il diritto di ritenzione del prelegato da parte del rinunziante (Cod. civ., art. 1003) e circa l'obbligo eventuale alla collazione (art. 1008) sono, come il resto, erronee nè valgon nulla al nostro soggetto. Tutti questi principî vigevano anche per diritto romano; ma l'acquisto immediato della cosa legata non toglie la subordinazione del legato all'eredità nel diritto romano e non esprime la posizione quasi parallela alla eredità da esso raggiunta nel diritto moderno. L'acquisto inte-

grale del legato da parte di chi rinuncia all'eredità è ancor meno atto a illudere; chi rinuncia all'eredità si considera come se non vi fosse mai stato chiamato ed è nella posizione di un puro legatario, non di un prelegatario. Finalmente l'obbligo alla collazione e il computo della legittima concernono tutto ciò che si riceve dal defunto sotto qualunque titolo.

Io non aggiungo parole, ma spero che a nessuno sfuggirà il significato profondo che per i miei concetti sull'eredità hanno la mia tesi erronea d'un tempo circa il prelegato moderno e l'argomentazione erronea del Chironi per la tesi contraria, che è la vera (1).

---

(1) In una nota pratica inserita nell'*Annuario critico di giurisprudenza*, II, 1890, pag. 9, anche il Ferrini s'oppose alla mia tesi circa il prelegato in diritto civile. E vi s'oppose in fondo pel sentimento giusto, benchè vago, della diversità essenziale tra l'istituto romano della eredità e l'istituto moderno. Dove però egli tenta di argomentare su qualche cosa di solido, gli manca il terreno, perchè gli manca appunto quel concetto dell'eredità romana e della sua posizione rispetto al legato, che io ho inteso a stabilire; e s'ei non erra nei principî, il che a lui sarebbe del tutto impossibile, pecca nel ragionamento. Meritano di esser riferite anche le sue parole, perchè si vegga come, senza quel concetto, sieno infelici gli sforzi d'un alto intelletto, d'uno scienziato insistente e severo, e ch'è poi quegli che ha più largamente e genialmente approfondito la materia dei legati: « In diritto romano il prelegato è *inizialmente* valido per intero come particolare beneficio (giustissimo; e sien grazie al Ferrini d'aver sbalzato di seggio la contraria teoria). Se più tardi si invalida in proporzione della quota del prelegatario, quale ne è la vera ragione? La vera ragione è pur quella che per diritto romano non è concepibile che si abbia a titolo di legato ciò che già si avrebbe a titolo di erede, in forza dell'adìta eredità. Il titolo di erede è assorbente ed esclusivo (intuizione giusta del vero)... È inutile aggiungere che tutto ciò non vige più nel diritto nostro. Il concetto della successione universale e particolare è affatto diverso. *Il legatario acquista fin dal momento della morte del testatore il diritto* (di regola reale) *alla cosa legata, l'acquisto dell'eredità dipende dalla adizione* ».

Ora che cosa è questo ragionamento? Non era la stessa cosa in diritto romano? Anzi, non era in diritto romano più forte la separazione tra l'acquisto del legato e l'adizione dell'eredità? Poichè in fondo nel diritto moderno i beni del defunto passano immediatamente nel-

l'erede, e l'adizione non ha che il significato di una consolidazione dell'acquisto, quasi come l'accettazione di un legato.

Il Ferrini ha ragion da vendere quando, più sotto, chiama arbitraria la giustificazione comune della caducità parziale del prelegato romano, cioè il preteso conflitto logico nascente dalla contraddizione di soddisfare a se stesso un debito; giustamente ricorda che « di regola il diritto del legatario è reale ». La sua critica, insomma, coglie nel segno; ma qual'è per lui la spiegazione della caducità parziale del prelegato romano? Il Ferrini non iscorge che, facendo *tabula rasa* di quella meschina ragione formale, convien pure sostituirne qualch'altra, ed egli non sostituisce nulla.

Quando poi, per ribadire nuovamente la tesi giusta, che il prelegato nel diritto moderno non si caduca per la quota dell'erede prelegatario, egli fa richiamo al fatto che il legatario non deve chiedere che il possesso all'erede, « argomento questo per ritenere ch'egli è già proprietario »; quando, da ultimo, egli osserva allo stesso scopo che « i nostri concetti sulla istituzione di erede, sull'adizione dell'eredità e la sua efficacia sono, anche là, dove la forma non appare alterata, nella sostanza profondamente mutati », io torno a meravigliarmi come egli voglia nascondersi che circa il primo punto (acquisto immediato della proprietà del legato) lo stesso era in diritto romano e circa l'adizione che l'essenza n'era bensì diversa in diritto romano, ma in guisa tale, come sopra osservai, da render più netto e chiaro l'acquisto anticipato della proprietà della cosa legata. Com'è avvenuto sovente a intelletti elevatissimi, come avvenne a un suo grande vicino, il Volta, anche il Ferrini a un certo punto s'è chiusa volontariamente la via alla scoperta del vero.

XIV.

Il prelegato e la successione (1).

Sommario: 1. Richiamo del mio precedente studio e degli studî posteriori sul tema (Scuto, Cicu, Gangi). — 2. Causa apparente della nullità del legato all'erede unico: *quod nostrum est amplius nostrum fieri non potest.* — 3. Causa vera della nullità nel pensiero dei Romani: *heredi a semetipso inutiliter legatur.* Conseguenze diverse dei due motivi. — 4. L'ipotesi del prelegato (il legato a un coerede) e la sua nullità parziale. — 5. Conseguenze della nullità parziale. — 6. Critica dottrinale dell'istituto romano. — 7. Tendenza del diritto comune avversa all'istituto. Esiste nel diritto giustinianeo? — 8. I tentativi di spiegazione. La critica del Gangi alla teoria del Kretschmar e dello Scuto. — 9. La vera spiegazione: nel diritto classico: *l'erede è un successore, il legatario non è tale, ma acquista dall'erede.* — 10. Il prelegato nel diritto moderno. Confusione dottrinale. — 11. Assenza dell'istituto e sua spiegazione: *l'erede e il legatario sono entrambi successori al defunto.*

1. Io ritenni già quando studiava, sulla base dell'analisi organica degli istituti successori, la costruzione dommatica dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno (2), e ritengo ora con maggior convinzione, dopo aver proseguito esegeticamente lo studio della *successio* e della pretesa *universitas*, che ne ha confuso la nozione, che il prelegato romano, appunto per essere il più sorprendente e originale istituto tra gli atti di ultima volontà, anzi, si può dire senza tema di esagerare, il più sorprendente in tutto l'immenso territorio del diritto romano, offre la più insperata riprova del concetto da me sostenuto in varî scritti circa l'origine e la natura dell'eredità romana e circa la sua essenziale divergenza dalla moderna.

---

(1) [Dalla *Riv. di dir. civ.*, vol. VI, 1914, pag. 753 e seguenti].

(2) *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. VII, 1895, pag. 187 e seguenti (è lo scritto che precede in questa collezione).

Riassumo in breve la mia tesi nella forma in cui io la esprimeva nel 1894: l'eredità romana non è un *diretto e puro* acquisto patrimoniale, ma un acquisto *mediato*, in cui si è investiti del patrimonio e responsabili degli oneri ad esso inerenti (principalmente i debiti, che non sono per i giureconsulti classici in nessun modo elemento del patrimonio, come, fuori dell'eredità, non sono per noi moderni) in conseguenza dell'assunzione di un titolo, il *nomen heredis*, che significava nelle origini remote una potestà familiare. Di qui la serie dei principî fondamentali dell'eredità romana, già esauriti nel diritto giustinianeo, e ora eliminati: di qui altresì l'istituto del prelegato, che ci rappresenta nei suoi effetti la combinazione di un istituto extrapatrimoniale nelle sue basi con un istituto schiettamente patrimoniale. L'erede, in forza del titolo, *per una necessità giuridica che opera indipendentemente dalla volontà del defunto e anche contro di essa*, è immesso nella stessa posizione del defunto in ordine ai rapporti giuridici ond'è investito: il legato all'erede è pertanto una *sottrazione fatta all'erede stesso*, come sarebbe una *donazione che alcuno faccia a se stesso*. Ciò posto, il legato fatto all'erede è nullo, o per intero, se sia l'erede unico, o per la sua parte, se abbia coeredi. Nel diritto moderno invece eredità e legato sono due dirette e pure disposizioni patrimoniali: il subentrare nella stessa posizione del defunto, che ancora si predica in ordine all'eredità, ha significato quantitativo, non qualitativo, e la stessa assunzione dei debiti è intesa come un elemento del patrimonio che si acquista (dell'*universitas* giustinianea, come io ebbi in seguito a stabilire). Pertanto nessuna difficoltà in massima che le due assegnazioni si sommino l'una con l'altra, allorchè ciò sia possibile, cioè quando il legato sia fatto non all'erede unico, bensì a un coerede.

Dopo quel mio scritto la teoria del prelegato ha avuto in Italia degli ottimi contributi, e per opera appunto di due civilisti, lo Scuto e il Gangi, a cui possiamo aggiungere la bella recensione fatta a entrambi dal Cicu. Per la prima

volta nella scienza del diritto civile italiano, che sfiora con leggerezza deplorevole il tema del prelegato e pone in termini assolutamente erronei la differenza tra il prelegato romano e il civile, si è avuta coscienza piena del problema, e questo è stato scrutato sotto tutti gli aspetti, sia in relazione all'essenza dei due istituti che vengono in contatto, l'eredità e il legato, sia in relazione ai principî generali di diritto: nessun facile adagiarsi in luoghi comuni, nessuna cecità spirituale di fronte alla difficoltà vera del tema. È veramente consolante il vedere come lo studio parallelo del diritto romano e del diritto civile seriamente fatto possa produrre frutti che lo studio puro del diritto romano in Germania e in Italia non ha conseguito. Poichè gli studî citati, per lo meno dal punto di vista critico, segnano un progresso sensibile nella nozione del prelegato.

Lo Scuto, il quale ha dedicato al tema uno studio vasto e speciale (1), costruisce sulla base del mio concetto della eredità, non adottando però interamente nella spiegazione del prelegato il mio ragionamento: il Cicu nella sua recensione (2), difende nuovamente la mia tesi nella sua purezza. Il Gangi invece in un'esposizione dommatica dei legati (3) e poi in una memoria sul prelegato (4), che è anch'essa un'ampia recensione all'opera dello Scuto, la confuta. Il Gangi è duro e in ultima analisi non giusto con lo Scuto, e aspro coi giuristi romani; ma ciò gli accade appunto pel suo vigore logico congiunto a un senso pratico squisito. Non potendosi liberare, come non si liberano nemmeno i redattori del Codice civile germanico, del domma che il

---

(1) Carmelo Scuto, *La teoria del prelegato nel diritto romano con riguardo alle principali legislazioni moderne e al diritto civile italiano*, Palermo 1909; è lo stesso scritto inserito in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. XLVI, 1910, pag. 1.

(2) *Riv. di dir. civ.*, vol. III, 1911, pag. 136.

(3) *I legati nel dir. civ. ital.*, Roma 1910.

(4) *Brevi considerazioni sulla teoria del prelegato nel dir. rom. e nel dir. civ.*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XLVII, 1910, pag. 315-334.

legato rappresenti ancora al giorno d'oggi *un gravame e un debito dell'erede*, non giungendo a scorgere che la dottrina che elimina dal diritto moderno l'*hereditas* e la *successio* nel senso romano rappresenta in pari tempo la fine di quel domma, egli, mentre rigetta giustamente le teorie comuni che cercano per tutte le vie la spiegazione del diverso regime del prelegato, è costretto in pari tempo a rigettare anche la mia spiegazione, che non poneva nettamente in chiaro l'erroneità di quel domma nel diritto moderno. Ma poichè le conseguenze del prelegato romano ripugnano al suo spirito, egli si sforza di eliminarle, pur sempre mantenendo il domma stesso, con una fine dialettica, e proclama in pari tempo la condanna dei giureconsulti romani, che davanti a quelle conseguenze non si sono arretrati.

Mi propongo in questo scritto di riprendere in esame il tema del prelegato, lumeggiando quel lato che nel mio studio antico era rimasto nell'ombra, e che ora mi riesce agevole di porre nella sua vera luce in seguito al nuovo esame esegetico e dommatico della *successio* e dell'*universitas*.

La necessità della chiarezza e coordinazione logica impone, peraltro, che io non mi riallacci allo studio precedente, ma in brevi termini mi rifaccia da capo, ripigliando più *ex alto* la questione del rapporto generale dell'eredità col legato.

2. Il legato lasciato all'erede unico è vano. La pura ed elementare logica delle disposizioni patrimoniali parrebbe che bastasse a spiegare questa vanità: evidentemente l'erede che raccoglie l'intero asse non può esigere nulla di più, e se il defunto ha menzionato un oggetto speciale, questo ricordo non ha un significato giuridico: *quod nostrum est amplius nostrum fieri non potest*, dicono i Romani in ipotesi analoghe.

Dal punto di vista della causa, nella specie calza precisamente il motivo che non si può aver lo stesso oggetto *ex duabus causis*. Che poi delle due cause quella ereditaria

prevalga, anche ciò si comprende e sempre dal mero punto di vista patrimoniale: essa, oltre all'essere in un certo senso precedente, è anche il titolo assorbente, semplicemente perchè il più comprensivo. Se con uno stesso atto io dono ad alcuno la casa e le cantine o il primo piano, la donazione che si può considerar come inutile, anzi ridicola, è per l'appunto quella delle cantine e del primo piano.

3. Nondimeno i Romani, che nei rapporti patrimoniali in genere pongono la questione in questa semplice e schietta maniera, per significare la nullità del legato lasciato all'erede ricorrono invece ad un rapporto di subordinazione e di dipendenza del legato dall'eredità. La massima romana è che l'erede non può pagare un legato a se stesso, non può rivendicare da se stesso un oggetto: *ipse sibi* (*heres*) *legatum debere non potest* (leg. per damn.); *heres a semetipso vindicare non potest* (leg. per vind.); *heredi a semetipso legari non potest.* Non è pertanto la superfluità e la vanità della disposizione in sè, per quanto chiara, che si presenta al loro spirito, bensì l'assurdità d'imporre all'erede un onere verso se stesso. Al nostro spirito moderno un legato all'erede unico fa l'impressione di essere più che ozioso, canzonatorio o folle, come le circostanze attenuanti accordate da una giurìa famosa all'imputato assolto: e saremmo tentati di dire, come dice Ulpiano, con linguaggio degno di Celso, nell'ipotesi del legato generale di una casa, mentre case il testatore non ne possiede: *derisorium est legatum* (L. 71, pr., D., 30). I Romani in questa guisa non si esprimono giammai. Il punto di vista che li ferma, come le massime surriferite dimostrano, è l'impossibilità giuridica di una relazione dell'erede con se stesso. Non discutiamo ora se un simile modo di porre la questione sia plausibile e come si giustifichi: certo esso non è praticamente indifferente, nè, quindi, l'insistere su questo diverso pensiero si deve ritenere una sottigliezza. Un'applicazione lo rivela, la quale suol esser esclusivamente discussa nella teoria specifica del prelegato e quindi non

contemplata sotto il suo vero o per lo meno sotto il suo principale aspetto.

Può accadere che un oggetto, una somma, vengano legati congiuntamente all'erede e a un legatario semplice. Alcuno ha lasciato erede universale Tizio e ha legato a Tizio stesso e a Sempronio una somma di 30 o un fondo del valore di 30. Se la ragione della nullità fosse l'inutilità del duplice titolo, come, ripeto, al nostro spirito appare, qui la nullità dovrebbe cessare. Alla stregua dei rapporti patrimoniali ordinari si dovrebbe decidere così: Tizio erede soddisfa il legato a Sempronio per la metà, giacchè per l'altra metà il defunto l'ha voluto attribuire a lui, e il lascito è valido in quanto gli giova. Applicando pur sempre l'esempio alla donazione, se io dono a Tizio la casa e le cantine, questa seconda donazione può parere derisoria e quindi nulla: ma se io dono la casa a Tizio e le cantine a Tizio e Caio, si presenta spontaneo il dire che la casa è proprietà esclusiva di Tizio, ma le cantine sono in comune fra Tizio e Caio. La seconda donazione è pur essa efficace.

Così ragiona anche il diritto romano in tema di donazioni universali e speciali. Dirò di più: così ragiona il diritto romano negli stessi acquisti *mortis causa* diversi dal legato, nelle *mortis causa donationes* o in generale nelle *mortis causa capiones* onde sia stato favorito un erede, per es., *condicionis implendae causa:* l'eredità e la *mortis causa capio*, quando ciò sia possibile, si sommano, ciascuna serbando il suo titolo, e nulla si converte nel titolo ereditario, quindi nulla mai si caduca e s'imputa, ad es., nella Falcidia per questo motivo (1).

Diversamente vanno le cose nei rapporti tra eredità e legato. Posto che nel concetto romano la ragione prossima

---

(1) Ciò dovrebbe ritenersi *a priori*, ma risulta altresì per le *mortis causa capiones* da una serie numerosa di testi, che mostrano il trattamento diverso di queste ipotesi dal legato all'erede o dal legato al coerede, cioè dal prelegato in senso tecnico. Cfr. L. 13, § 6, D. *de her pet.*, 5, 3; L. 109, D. *de cond. et dem.*, 35, 1; L. 40, D. *ad L. Falc.*, 35, 2; L. 76, pr.; L. 90, L. 91, L. 93, D. *eod.*

della invalidità, la ragione invocata dai giureconsulti non risiede nella duplicità del titolo, bensì nell'impossibilità di una relazione giuridica dell'erede con se stesso, il legato anche in questa ipotesi per la parte attribuita all'eredità è reso caduco e la quota caduca nei legati *per vindicationem*, in cui vige il diritto di accrescimento, profitta al collegatario (1), come in ogni caso s'imputa nella Falcidia, in quanto è acquisita *iure hereditario*.

4. Se il legato, a ogni modo, comunque la cosa si consideri, appare di regola anche ai nostri occhi vano (anche se non costantemente come nel diritto romano) quando sia fatto all'erede unico, lo stesso non si può dire quando si abbiano più eredi. Nel rapporto di coeredità è ben possibile che la parte di uno dei coeredi venga accresciuta con un'elargizione speciale eseguita dal defunto a suo favore. È questa la figura del prelegato. Un cumulo simile di disposizioni sembra costituire un'ipotesi nella sua soluzione affermativa altrettanto semplice quanto l'ipotesi del legato all'erede unico nella soluzione negativa.

Agevole sembra altresì, seguendo pur sempre la pura logica patrimoniale, il modo di ragionare questa soluzione affermativa: le due disposizioni, eredità e prelegato, si sommano, vale a dire sulla massa ereditaria l'erede prelegatario si prende la sua quota e il prelegato, il coerede soltanto la sua quota ereditaria. La soluzione anche nel diritto successorio è così spontanea che una teoria del prelegato potrebbe parere un fuor d'opera. Facciamo il caso molto semplice: tre eredi, Tizio, Caio, Sempronio, sono istituiti ciascuno per un terzo su di un'eredità di 180 e a Tizio è lasciato un prelegato di 30. Il patrimonio del defunto deve soddisfare tre quote ereditarie eguali, più un legato. Costituita

(1) L. 34, § 11, D., 30; Ulpianus, l. 21, *ad Sabinum*: « Si duobus res sit legata (il testo originario doveva aggiungere *per vindicationem res*), quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit ».

la massa, il legato si separa prima da essa e le quote ereditarie sono ridotte ciascuna a 50: Tizio prelegatario di 30 (poniamo, ad esempio, di una casa del valore di 30) piglia i suoi 50 più 30 (o la casa del valore di 30) e finisce con avere 80, i suoi coeredi hanno invece la loro quota di 50 ciascuno.

Non discutiamo per ora se questa soluzione, desunta dalla logica generale degli istituti patrimoniali, sia pienamente corretta e conforme alle esigenze logiche del diritto successorio moderno. Il giureconsulto romano, di nuovo, non ragiona così. Un istinto, che gli deriva dall'organismo delle sue istituzioni, gli vieta di ammettere che il prelegato si stacchi dalla massa ereditaria come un lascito indipendente. Esso grava su tutta l'eredità o, per meglio, dire sugli eredi, quindi anche sull'erede favorito nella misura della sua quota. E, ciò posto, la conclusione precipita: poichè l'erede *sibi debere non potest*, *a se vindicare non potest*, il prelegato è caduco nella misura della quota del coerede favorito, cioè, come dicono i Romani, *pro parte hereditaria ipsius non consistit*. Ciò non vuol dire che l'erede prelegatario debba sempre rinunciare a quella porzione della cosa legata che grava sulla sua quota: ma vuol dire soltanto che egli non la paga a se stesso, nè la rivendica da se stesso, ma la mantiene a titolo di erede e non di legato. In proposito i Romani dicono che egli detiene l'oggetto prelegato per un duplice titolo in distinte parti: per una parte, cioè per quella che risulta delle porzioni che gravano sulla quota dei coeredi, *iure legati*, *quasi legatarius*, per l'altra parte, cioè per quella che grava sulla sua quota, *iure hereditario*, *quasi heres*.

Nel caso che abbiamo fatto sopra il prelegato di 30 a favore di Tizio grava su tutte le quote di Tizio, di Caio e di Sempronio, cioè 10 per ciascuno. Ma per la quota di Tizio esso è nullo, in quanto Tizio non paga a se stesso i suoi 10, bensì li trattiene *iure hereditario*. Così avremo che Tizio conserverà i suoi 60, e riceverà in più 20 dai suoi

coeredi, in tutto 80, dei quali però 60 a titolo ereditario, solo 20 a titolo di legato; Caio e Sempronio non pagheranno che 10, quindi verranno ad avere 50 per ciascuno.

5. Poichè il risultato finale è lo stesso, la diversa distribuzione secondo il titolo sembra un puro giuoco teorico e di valore più dialettico che sostanzialmente logico: tanto più che (sarà chiaro ormai) il principio da cui si parte può sembrare di assai dubbio valore ed è certamente alieno, come abbiamo mostrato, dalla logica dei rapporti patrimoniali. Tuttavia i Romani meri dialettici non sono.

Poniam mente intanto a una cosa. È evidente che questo risultato, comunque si debba apprezzare, nasce precisamente dal fatto che i Romani considerano i legati alla stregua stessa dei debiti e degli oneri ereditari già gravanti sul patrimonio del defunto prima della sua morte. Il trattamento è precisamente identico.

Se il defunto fosse stato debitore dell'erede, se il suo fondo fosse stato soggetto a servitù a favore dell'erede, questi anche nel diritto moderno vedrebbe estinguersi per confusione *pro parte* il suo credito e la servitù, ma potrebbe esigere il suo credito pur sempre per la quota gravante sui coeredi, potrebbe da essi ottenere il riconoscimento delle servitù sulle porzioni dei fondi, che vengano a cadere nella loro quota ereditaria.

La nullità parziale del prelegato per l'impossibilità di soddisfare il legato a se stesso nella misura in cui grava sulla propria quota, pare un fenomeno analogo alla confusione: con questo di diverso, ma più grave, che il rapporto verrebbe *uno eodemque momento* a costituirsi ed estinguersi.

Ma, tornando al punto, quello che a prima vista si direbbe un innocente giuoco teorico si rivela in date contingenze pregno di conseguenze inattese e d'una gravità eccezionale, in quanto la pura logica patrimoniale, il rispetto alla volontà del defunto, tutto è sconvolto. Tutta la teoria del prelegato consiste nelle numerose illazioni logiche dalla esposta co-

struzione, cioè dalla nullità parziale del prelegato, e davanti ai risultati più bizzarri non hanno arretrato i Romani.

Se vi ha teoria nella quale sembra che essi siano sotto l'influenza e quasi l'ossessione di un concetto che s'impone alla loro coscienza, è appunto questa del prelegato. Non è, ripetiamo, che la simpatia dialettica sia in loro più forte che in noi moderni: pur troppo il lavorìo di pura dialettica l'hanno fatto i moderni nel giustificare queste conseguenze, mentre era smarrito l'antico valore della successione! Ma pei Romani veramente il pensiero da cui essi muovevano, cioè che il legato grava su tutti gli eredi, era un pensiero a cui non si potevano ribellare senza palese derogazione ai principî, in quanto non la mera dialettica, ma la logica organica dell'istituto era nello spirito loro viva e presente.

Ricordiamo brevemente queste conseguenze della costruzione romana, ciascuna delle quali è documentata in modo irrefragabile.

I. Per il calcolo della Falcidia, cioè del quarto netto che l'erede ha diritto di conservare riducendo i legati, non si computa ciò che l'erede riceve a titolo di legato, ma si computa ciò che egli riceve a titolo ereditario; quindi il prelegato, per la parte che grava sulla sua quota, va a integrare la Falcidia (1).

II. Quando l'erede sia incaricato per fedecommesso di restituire la sua quota ereditaria, egli restituisce anche una parte del prelegato, perchè ciò che grava sulla sua quota costituisce parte dell'eredità e pertanto è oggetto della restituzione (2).

III. Se la cosa è prelegata all'erede e legata congiuntamente a un estraneo o più estranei, questi vengono a profittare del legato ben più che l'erede, perchè, mentre egli riscuote soltanto dai coeredi, essi riscuotono da lui e dai

(1) L. 74, D. *ad L. Falc.*, 35, 2; L. 91, pr., *eod.*; L. 24, C. *Fam. erc.*, 3, 36.

(2) L. 19 (18), § 3, D. *ad Sc. Treb.*, 36, 1; L. 86, D. *ad L. Falc.*, 35, 2; L. 91, pr., D. *eod.*

coeredi ed acquistano inoltre *iure adcrescendi* la parte dell'erede prelegatario (1).

IV. Se ai coeredi è lasciato congiuntamente un oggetto, i coeredi per quote minori si avvantaggiano del legato più che i coeredi per quote maggiori, giacchè nei legati *per damnationem* ciascuno riscuote come legato dai coeredi in proporzione della loro quota e paga invece in proporzione alla propria quota: e nei legati *per vindicationem* (in ogni legato nel diritto giustinianeo) ciascuno acquista *iure adcrescendi* la parte caduca del collega, cioè la parte corrispondente alla sua quota ereditaria, il che conduce allo stesso risultato. Questa conseguenza, che è forse la più bizzarra e inattesa, è espressa dai Romani con la massima semplicità: se uno degli eredi, essi dicono senz'aggiunger motto, è istituito per $^{11}/_{12}$ e l'altro per $^{1}/_{12}$ e a entrambi è prelegato un fondo, l'erede istituito per $^{11}/_{12}$ riceve $^{1}/_{12}$ del fondo, quello istituito per $^{1}/_{12}$ ne riceve invece $^{11}/_{12}$ (2).

È chiaro che se il patrimonio consisteva in quel solo fondo, l'attribuzione del prelegato rovescia le conseguenze dell'istituzione ereditaria; e mentre il defunto intendeva di favorire maggiormente in una misura così notevole l'uno degli eredi e inoltre fargli una elargizione speciale a titolo di legato, il diritto positivo gli cambia, se così mi è lecito esprimermi, le carte in mano in un senso che è precisamente l'opposto della sua volontà (3).

---

(1) L. 116, § 1, D. *de leg.*, 30.

(2) L. 34, § 12, D. *de leg.*, 30, Ulpianus, l. 21, *ad Sabinum*: « Inde *dicitur*, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam ».

(3) Altre particolarità men facilmente apprezzabili concernono la garanzia per evizione delle parti acquisite *iure legati* e un punto non avvertito dagli scrittori del tema, la garanzia della *separatio bonorum*, che certamente il coerede prelegatario può chiedere non altrimenti che il coerede creditore del defunto.

Vi hanno poi leggi di complicata interpretazione (L. 86, D., 35, 2 cit.; L. 87, § 1, D. *eod.*; L. 78, § 13, D., 36, 1; L. 7, D., 7, 2: L. 104, § 5, D., 30);

Abbiamo una statuizione che è ben più grave di quella che risulta dall'applicazione del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

6. Di fronte a queste conseguenze dell'istituto (le quali, ripetiamolo, non solo sono estranee ai rapporti patrimoniali tra vivi, ma non si verificano quando il coerede invece che di un prelegato sia stato favorito con una *donatio mortis causa* o una *mortis causa capio*) non fa meraviglia se gli spiriti più pensanti, conoscitori, ma non ciechi adoratori del diritto romano, non abbiano risparmiato le critiche, talora assai fiere, alla teoria romana del prelegato.

Più ancora del principio *nemo pro parte testatus*, questa dottrina del prelegato ha eccitato repulsione ed è certamente la teoria più bersagliata del diritto romano; e buon pei romanisti e per la nostra scienza che la sua recondita, secondaria posizione e il suo carattere tecnico l'abbiano resa ignota e quasi inaccessibile ai profani. Ma i romanisti stessi non scherzano. Il Thibaut, a proposito del reciproco accrescimento tra coeredi prelegatari, non esita a dire che si tratta di « un principio strano »; lo Schütze osserva che « noi contempliamo la sottigliezza della teoria romana del prelegato con un senso troppo misto di meraviglia per potersi dire ammirazione ». Il Tewes la chiama « ipersottile e innaturale » (propriamente *eine hypersubtile Unnatur*, cioè, in sostanza, un mostro). Holzschuher così si esprime: « Questa artificiosa figura dell'acutezza romana a noi sembra una pura e semplice caricatura dinanzi alla quale il senso comune decisamente ripugna »; il Claussen la dichiara « una pura fantasia, una storpiatura dello spirito, un domma falso e irrazionale, che i Romani stessi per fortuna abbandonarono quasi sempre nell'uso pratico (il che è assolutamente errato) ». Un olandese, il Grönewegen, inveiva contro la *iuris*

ma non fa ora al nostro scopo di entrare in una minuta esegesi. Osserviamo soltanto che, qualunque disputa si faccia, la volontà del defunto non entra mai direttamente nella discussione.

scrupulositas a mente testatoris et nostrorum morum simplicitate aliena, ripudiando pur egli la dottrina e asserendo che non si debbono per soverchio amore di sottigliezza violare le volontà dei defunti. Più moderatamente l'Arndts osserva che la lodata eleganza dei giureconsulti romani non è degna di plauso, e il Dernburg che essa è un giuoco beffardo, un ragionamento meccanico, che dà un risultato in pieno contrasto con la volontà dei testatori tedeschi (1). Ai nostri giorni un illustre giurista e comparatista, il Kohler, ha rinnovato con foga le critiche: « La teoria romana è illogica, essa è il frutto di un'infiltrazione del senso giuridico orientale [ciò è del tutto errato: la teoria è precisamente classica] e di un esagerato scolasticismo. Le regole del prelegato sono bizzarre sino alla follìa e costituiscono un disonore pel diritto romano. Esse ci impressionano come talune bizzarrie degli scrittori arabi, e i tentativi di dare a esse un senso più ragionevole sono tutti falliti » (2). Finalmente il Gangi (3) nella sua recensione all'opera dello Scuto, conclude che « il fallimento del tentativo dello Scuto unito all'altro che nessuno dei molti altri tentativi fatti per giustificare la teoria romana ha raggiunto lo scopo, convince sempre più nel pensiero che tale teoria non avesse un solido fondamento e che quindi sono pienamente giustificate le critiche talora aspre, cui essa è stata fatta segno da parte di molti dei più illustri romanisti moderni ».

7. Nel diritto comune, nonostante la ricca documentazione di questo istituto, era forte la tendenza a prescindere dalle decisioni delle fonti romane. Essa è rappresentata, per dire soltanto dei giureconsulti più moderni, dall'Arndts, dal

---

(1) Vedi per queste critiche Arndts, *I legati*, nella *Continuazione del Commentario del Glück*, § 1521 d., pag. 159 e seg. del testo tedesco, e Scuto, l. c., pag. 145 e seguenti.

(2) Vedi per la citazione dei varî scritti del Kohler in proposito Scuto, l. c., pag. 147.

(3) *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XLVII, 1910, pag. 324.

Tewes, dal Dernburg, e fino negli ultimi tempi dal Bernstein. Di volta in volta la purezza dei principî romani veniva restituita dagli scrittori, e tra questi dobbiamo ricordarne due di alto valore, il Vangerow e il Ferrini, il quale, peraltro, è veramente un po' troppo adoratore del domma romano, quando protesta contro la deplorevole tenuità del senso giuridico, che spinge a rigettare la teoria nel diritto giustinianeo. Ma io credo effettivamente che al lume della critica moderna si possa dubitare se i compilatori intendessero di codificare questa teoria o di serbarne puramente il ricordo storico. Uno scoliasta bizantino, Stefano, osserva, a proposito della L. 86, D. 35, 2, che quelle conseguenze sono conformi alla sottigliezza del diritto, ma il giudice attua la volontà del testatore, il quale vuol lasciare delle cose certe ai suoi eredi (1). Stefano richiama la L. 35, D. 28, 5, relativa all'*institutio ex re certa*, e la circostanza che questa è una legge interpolata può far ritenere che nel diritto giustinianeo si debbano applicare all'istituto del prelegato le stesse norme dell'*institutio ex re certa*, vale a dire far intervenire l'*officium iudicis* per separare il prelegato dalla massa. La spiegazione che daremo del prelegato, la quale si coordina soltanto col sistema del diritto classico, ma è straniera così al diritto giustinianeo come al diritto moderno, può favorire questa interpretazione, pur non dissimulando che esegeticamente l'esclusione del prelegato dal diritto giustinianeo è una tesi molto ardita, la quale, non volendo contorcere i testi (il che è anche impossibile), esige che si riconosca essere il materiale puramente storico in notevole abbondanza nel diritto di Giustiniano.

Qual'è questa spiegazione?

8. I puri principî patrimoniali, lo abbiamo visto, non valgono a giustificare l'istituto del prelegato, perchè alla

(1) C. 85, Bas., 41, 1, sch. 1 (Heimbach, vol. IV, pag. 123-124). Si ricordi anche il modo con cui i Basilici hanno reso la celebre L. 34, § 11, D. 30 (33, Bas., 44, 1, in Heimbach, vol. IV, pag. 333).

stregua di quei principî esso non sorge. Nessun valore hanno pertanto in proposito le regole intorno al concorso delle due cause lucrative o il principio *quod nostrum est amplius nostrum fieri non potest*, concetto e adagi che non avrebbero mai dovuto esser richiamati nel tema. Il pensiero che il titolo di erede è assorbente ed esclusivo, già affacciatosi ai nostri vecchi giuristi e ripreso presso di noi dal Ferrini, a stento si può dire che rappresenti la vaga intuizione del terreno in cui la soluzione si deve ricercare: perchè in ultima analisi, non uscendo dalla patrimonialità, esso non è che la mera ripetizione, in forma più enfatica, dei motivi precedenti e la sua efficacia è quindi nulla. E invero, come abbiamo visto, un titolo sarà veramente assorbente quando sia veramente generale, ma quando è parziale e ridotto a una quota, necessariamente si rende compatibile con l'altro.

Ripetere con la maggior parte degli autori che il legato è un debito dell'erede significa, se la formula s'intende alla lettera, insistere sopra un errore, perchè il rapporto di obbligazione tra l'erede e il legatario esiste soltanto nei legati di obbligazione, come era il classico tipo per *damnationem*. Se s'intende con una certa larghezza che il legato è un carico, un onere dell'erede (1), ovvero, come con tutta pre-

---

(1) Questo concetto, che è in ultima analisi, come dico, il punto di partenza romano, cioè il *domma di cui si ricerca la spiegazione*, fu difeso principalmente dal Kretschmar, *Das specifisch römische im Praelegat gegenüber den modernen Rechten*, pag. 261-269, il quale, dando a esso un grande rilievo e volendo cavarne troppo costrutto, si smarrisce, per difetto di una nozione esatta dell'eredità, in un dedalo di induzioni errate, che rappresentano in un certo senso l'antitesi del pensiero dei Romani in ordine alla successione, all'eredità e ai legati. Il ragionamento essenziale del Kretschmar è il seguente: « Il legato, in quanto è un onere dell'erede, non rappresenta una successione diretta al defunto, bensì *una successione indiretta*, *mediata*, che abbisogna come intermediario dell'eredità ». Noi osserviamo che il legato non può essere una successione all'erede in nessun senso, nè nel significato giustinianeo e moderno della successione (il legato è una successione *al defunto*), nè nel significato classico della successione (il legato non è una *successio*).

cisione si esprime lo Scuto, che il legato presuppone sempre una relazione tra il legatario e l'erede, significa esprimere l'aforisma, la *regula iuris*, da cui prendono le mosse i Romani, non darne la spiegazione e molto meno la giustificazione. Tanto varrebbe il dire che il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, ecc., si giustifica con la incompatibilità delle due delazioni.

Fermiamoci, infatti, alla formula dello Scuto, che rappresenta, ripeto, nel modo più preciso il pensiero dei Romani. Lo Scuto corregge, ampliandola, la spiegazione a cui si ferma la maggior parte degli scrittori, che l'erede non può essere a un tempo debitore e creditore di se stesso. L'ampliamento è giusto. Il principio *heres ipse sibi debere non potest* è espresso dai Romani in ordine ai legati *per damnationem;* ma per quel che riguarda i legati *per vindicationem* i Romani dicono *heres a se vindicare non potest.* Lo Scuto riassume l'uno e l'altro aspetto in un concetto unico e sta bene. Ma qual'è la ragione che impone questa relazione giuridica coll'erede? Perchè non si può concepire il legato come un acquisto parallelo all'eredità e dar corso alla volontà del defunto?

Lo Scuto per vero richiama il mio concetto dell'eredità, insistendo sulla subordinazione del legato all'eredità: ma poichè egli non rileva, come fu acutamente notato dal Cicu, la *necessità giuridica*, che colloca l'erede nel posto del defunto, anche *contro la volontà di lui*, e assume in prima linea come spiegazione la regola da spiegare, gli sfugge il motivo reale che impone al pensiero dei giureconsulti romani questa relazione del legatario coll'erede.

E, ciò posto, messo il nostro pensiero di fronte a quella *regula iuris*, che si vuole assumere come spiegazione, ben adeguate sono le critiche che il Gangi muove ai concetti del Kretschmar e dello Scuto, rinnegando però, senza avvedersene, il punto di partenza genuinamente romano, che lo Scuto ha riassunto nella formula migliore. Ecco come il Gangi si esprime: « Ammettere che tra legatario ed erede esiste in ogni caso un rapporto di dare e avere, non

significa ammettere in ogni caso, anche nel caso cioè del legato con efficacia reale, una successione del legatario all'erede? E come è possibile ammettere una successione del legatario all'erede nel legato di vendicazione, e più in generale nel legato con efficacia reale, la cui essenza sta appunto nel passaggio diretto e immediato (senza alcun intervento dell'erede, cioè) dell'oggetto legato dal testatore nel legatario? Lo Scuto, come abbiamo veduto, sostiene che nel legato con efficacia reale, pur essendovi successione immediata del legatario al testatore, vi è pure implicitamente una successione del legatario all'erede, essendo quest'ultimo subentrato nella posizione giuridica del testatore: ma è questo un errore evidente, perchè non si può affatto, in alcun modo, parlare di successione del legatario all'erede, quando si ammette, come non si può far a meno di ammettere, che al momento stesso in cui l'erede subentra nella posizione giuridica del defunto il legatario acquista immediatamente l'oggetto legato. Il legato importa senza dubbio il distacco, la distrazione dell'oggetto legato dalla massa ereditaria, nella quale l'erede verrà a subentrare, e appunto perciò esso rappresenta una sottrazione fatta all'erede e quindi un onere, un carico per quest'ultimo. Ma è bene riflettere — e ha fatto male lo Scuto a non farlo — che tale distacco, o sottrazione che dir si voglia, è fatto *dal testatore e non già dall'erede* » (1).

9. Abbiamo voluto riferire queste parole perchè esse lumeggiano egregiamente la radice di tutto il male. Essa consiste nella dannata generalizzazione del concetto di successione, nella distinzione tra successione a titolo universale e successione a titolo particolare, nella confusione tra i concetti di successione e di acquisto. Il legatario nel diritto classico *non succede*, nè all'erede nè al defunto, perchè la successione a titolo singolare è un concetto straniero ai

(1) *Riv. ital. per le scienze giur.*, vol. XLVII, 1910, pag. 320, nota.

giureconsulti romani, egli *acquista dall'erede*, che è il solo e vero successore nel senso romano nella successione.

Tutto si comprende pertanto se noi facciamo lo sforzo di riportarci al pensiero dei Romani, di rappresentarci il concetto della successione romana e l'antitesi (se pure si può parlare di antitesi tra due concetti che non si subordinano ad un'unità superiore), che i Romani ponevano tra *successione* ed *acquisto:* due concetti che la dommatica moderna ha riassunto sotto uno stesso concetto generale, ma diverso e incoloro, della successione. La mia spiegazione era esatta, ma perchè sia chiara e persuasiva conviene esprimerla coi termini romani. *Nel diritto romano l'erede è un successore, il legatario non è tale.* L'erede come successore è posto nella stessa posizione del defunto, non quantitativamente ed economicamente, ma qualitativamente e giuridicamente; *il legatario è con l'erede nella stessa relazione in cui sarebbe stato col defunto, vale a dire è come se l'erede avesse lui disposto il legato.* Il patrimonio appartiene all'erede, per una necessità giuridica, e si considera come suo retroattivamente *sino dal momento della morte*, anche se egli ha accettato lungo tempo dopo, ed egli continua veramente il defunto nei rapporti giuridici costituiti, come se non vi fosse stata interruzione, come se li avesse ordinati lui, mentre il legatario è un terzo che acquista.

In queste condizioni un legato fatto all'erede è veramente un'elargizione che l'erede fa a se stesso: il *vindicare a se*, il *sibi debere*, che i Romani pongono come ragione della nullità, non sono per essi un'immagine o una sottigliezza dialettica, bensì una realtà giuridica. Ma in simile condizione che l'erede sia un solo o che succedano più eredi, non fa differenza; i varî eredi sono pur sempre successori. I legati, come i debiti, come ogni peso, obbligatorio o reale, gravano su tutti gli eredi *pro parte*. Anche il legato lasciato all'uno di essi, il prelegato, grava necessariamente *pro parte* sulla quota del coerede prelegatario, e per quella quota non può esser che nullo. Se il legato vale come se

fosse stato ordinato dall'erede stesso, *avviene dell'erede prelegatario quello che avviene dell'erede che fosse stato per altro titolo creditore del defunto:* succedendo più eredi, il coerede creditore riscuote bensì le quote del suo credito che gravano sui proprî coeredi, ma per la quota che dovrebbe ormai pagare a se stesso il suo credito è nullo per confusione.

Tutto dipende, insomma, dalla differenza tra successione e acquisto, che rende impossibile nel diritto romano di collocare sullo stesso piede eredità e legato, rende impossibile quella che nella logica moderna costituisce l'interpretazione più congrua: sommare le due disposizioni, gravare del prelegato direttamente la massa.

E ora si comprende perchè ciò che si acquista per donazione a causa di morte, ciò che si acquista in generale per qualunque *mortis causa capio* nemmeno in diritto romano si caduchi *pro parte*, se la persona favorita è un erede. Egli è che questi acquisti si fanno o di fronte al defunto *nell'ultimo momento della sua vita* o di fronte a un terzo, sia pure un coerede, ma non mai di fronte a se stessi come successori nel senso romano del defunto.

10. Quanto abbiamo detto agevola la discussione nel diritto moderno, ove il retaggio della dottrina romana ha esercitato nel tema una dannosa influenza. Un solo codice per vero ha accettato espressamente i principî romani ed è il sassone (§ 2401, 2402). Dato il sistema del diritto moderno, il regime del codice sassone non è che un ordinamento positivo e singolare, nonostante che il legislatore sassone ritenga di seguire la logica e si creda obbligato dai principî a sancire quelle conseguenze.

La confusione dottrinale che regna sull'argomento è resa manifesta dal modo col quale il codice tedesco ha creduto di dover abolire espressamente la nullità parziale del prelegato, cioè in sostanza l'istituto del prelegato. L'art. 2150 è così concepito: « Il legato fatto all'erede (prelegato) si reputa legato anche nella misura in cui l'erede stesso è gra-

vato (*beschwert ist*) ». Ma se l'erede lucra il legato in più della sua quota ereditaria come legato, *iure legati*, per intero, a differenza del diritto romano, ciò vuol dire che egli non è gravato, che l'oggetto o la somma prelegata non s'imputano *pro parte* sulla sua quota. Il codice tedesco avrebbe dovuto dire che il prelegato grava interamente *sulla massa ereditaria* e conforme alla volontà del defunto si deduce da questa indipendentemente.

Altri codici, come il codice austriaco (§ 648), il codice francese (art. 843), il codice napoletano (art. 835), mostrano pure di non accogliere il principio romano, ma senza esprimersi in una forma così poco felice come il codice tedesco. Altri tacciono, e tra questi è precisamente il nostro codice civile. La soluzione pertanto nel sistema del nostro codice civile si deve desumere unicamente dai principî, e apparentemente, a rigor di logica, si dovrebbe accogliere l'istituto del prelegato romano, tanto più che l'art. 3 delle disposizioni preliminari ci fa obbligo nei casi dubbi di ricorrere ai principî generali di diritto.

Ma gli scrittori, i quali si sono dichiarati per l'applicazione dei principî romani, in generale ignorano quali siano le conseguenze, antiche o nuove, di quei principî e che natura abbiano, o ne hanno solo una nozione torbida e incompleta, che permette loro di tagliar corto col richiamo alla volontà del defunto. In realtà le applicazioni enunciate mostrano sino a quale sfregio della volontà agissero le regole del prelegato romano: non è certo la volontà che faccia oggi ostacolo all'esplicazione dei principî, ma gli è piuttosto che i nuovi principî non fanno verun ostacolo all'attuazione della volontà.

La maggior parte degli scrittori però arretrano davanti alle conseguenze del prelegato, ma in un modo poco felice. Ricordo, come il più grave documento della situazione e dell'imbarazzo, in cui sono posti i migliori, l'oblìo totale del diritto romano in cui fu condotto un dottissimo e amatissimo romanista: il Ferrini. La differenza dal diritto romano

e quindi la ragione per la quale il diritto moderno non accoglie la teoria del prelegato, è per lui la seguente: « Il legatario acquista fin dal momento della morte il diritto (di regola reale) alla cosa legata, l'acquisto dell'eredità dipende dall'adizione » (1).

Ma lo stato delle cose era lo stesso sotto questo aspetto nel diritto romano, sicchè l'istituto del prelegato non avrebbe dovuto sorgere nemmeno nel diritto romano. Tuttavia questa dichiarazione è ripetuta dal Simoncelli (2).

11. Se per l'istituto puro del prelegato lo studio più profondo è quello dello Scuto, per quel che concerne la posizione delle cose nel diritto civile, lo sforzo più coscienzioso per giungere a una soluzione e più cosciente della difficoltà, bisogna convenirne, è fatto dal Gangi (3).

Come tutti gli scrittori, per la suggestione del diritto romano, egli china il capo avanti al principio da cui prendono le mosse i Romani, anzi è questa la sua arma nella critica contro di me: « È da ritenersi indubbio che importando anche l'eredità moderna successione universale, il legato rappresenta, di regola, nel diritto nostro, nè più nè meno che in diritto romano, un peso dell'eredità, un carico dell'erede, e quindi il prelegato grava in parte anche sul prelegatario, e rappresenta sempre perciò in parte un debito che questi deve pagare a se stesso ». Ma posto il principio, egli tenta sottrarsi alle conseguenze che ne traevano i Romani, e, ritenendo la validità completa del prelegato come legato nel diritto moderno, stima di ritrovare una solida base alla teoria « nella presunta volontà del testatore e nella circostanza che non vi ha alcuna contraddizione nè logica nè giuridica nell'ammettere che il prelegatario sia, per la parte di prelegato gravante sulla sua quota ereditaria, cre-

(1) *Ann. crit. di giur.*, II, 1890, pag. 9.
(2) *Istituzioni di dir. civ.*, pag. 182.
(3) Gangi, *I legati nel dir. civ. it.*, pag. 89-90.

ditore e debitore di se stesso, dal momento che in lui concorrono due qualità, quella di erede e quella di legatario, e che egli è creditore in quanto legatario e debitore in quanto erede ».

Il Gangi con queste parole è coerente alla critica fiera, che, come abbiamo visto, egli fa del ragionamento dei giureconsulti romani. Ed è chiaro come egli venga a porsi in una condizione pericolosa: poichè se il diritto romano nel suo organismo non corrisponde talora alle finalità moderne, i giureconsulti romani erano senza dubbio ragionatori di primissimo ordine: e ripugna troppo ammettere che in questa parte tutti, dal primo all'ultimo, ragionassero male. Ma in realtà, posto il principio che il prelegato grava sulla quota dell'erede prelegatario, non si può sfuggire alla conseguenza che ne traevano i giureconsulti romani: nella misura di quella quota il prelegato svanisce, come si confonde un credito dell'erede verso il defunto ossia verso la eredità. La volontà presunta cui ricorre in prima linea il Gangi, porterebbe una violazione *costante* del principio; e allora che cosa ne è di quel principio? Ma chiudiamo pure gli occhi su questo illogismo. Per qualunque via la cosa si consideri, si giunge alla stessa conseguenza. Una volontà presunta contro la logica dei principî, che per lo meno debbono valere come norme dispositive, come presunzioni *iuris tantum*, non si può ammettere: per lo meno, anche se si tratta, ripetiamo, di norme dispositive, vi si dovrà derogare mediante una dichiarazione *espressa*. Se adunque per disposizione di diritto il legato grava anche sulla quota dell'erede prelegatario, una sola deduzione è possibile: quando non sia espressa una volontà contraria, che ponga il legato a carico esclusivamente degli altri coeredi, per la parte in cui esso grava sulla quota del coerede prelegatario è assorbito e nullo *iure legati*.

Rimane a vedere che valore ha la seconda parte del ragionamento del Gangi, cioè il ragionamento che, a suo avviso, avrebbero dovuto fare i Romani. L'erede prelegatario,

egli dice, è creditore in quanto legatario, debitore in quanto erede. Come espediente dialettico la proposizione (non nuova) è sempre ingegnosa, ma si tratta di una dialettica puramente verbale. L'erede non riveste due distinte personalità, quella di erede e quella di legatario, come non riveste due distinte personalità negli atti tra vivi chi riceve metà della casa in dono e le cantine a titolo di transazione. Egli è sempre la medesima persona investita del medesimo patrimonio, anzi il suo patrimonio stesso si confonde con quello del defunto: se si considera pertanto l'erede come debitore di se stesso, nessun ragionamento potrà fare che egli non debba pagare a se stesso, su di un patrimonio che è unico e che è suo, e che quindi il pagamento sia giuridicamente assurdo.

Il vero è che nel diritto moderno nulla ci obbliga a prender le mosse da una presunta relazione giuridica dell'erede con se stesso, ad arretrarci davanti al fantasma del *vindicare a se*, del *sibi debere*. L'erede prelegatario ha una posizione diversa, perchè diverso è oggi il rapporto tra l'erede e il legatario. Nel diritto romano il legatario è un avente causa *dall'erede*, il quale subentra al posto del defunto e figura come autore del legato: il legato è precisamente una derogazione al principio classico *dominium ab heredis persona discedere non potest* e all'altro più noto *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. Accettando la successione, l'erede subisce in base al testamento l'alienazione della cosa nei legati di proprietà, è obbligato (*damnatus*) nei legati di obbligazione. Nel diritto moderno erede e legatario sono due acquirenti che hanno entrambi causa dal defunto, sono due successori entrambi, nel senso nuovo e poco significante della successione, e successori del defunto. Come titoli paralleli d'acquisto eredità e legato non possono venire in lotta, se non vi è coincidenza obbiettiva, e il prelegatario viene ad avere come precipuo, anteparte, il prelegato oltre la sua quota ereditaria.

La cosa è patente per i legati di proprietà. Qualche dilucidazione richiede il legato di obbligazione, poichè qui le

apparenze illudono e senza una chiara percezione del diverso carattere dell'eredità romana e moderna si ricade fatalmente nelle stesse vecchie formule. Non è forse l'erede anche nel nostro diritto tenuto a soddisfare i legati in proporzione della quota che gli spetta (Cod. civ., art. 868), il che vuol dire debitore del legato? Anzi non resta forse debitore *ultra vires*, del proprio, quando l'eredità non basta a soddisfarli (arg. Cod. civ. it., art. 968 e 972)? Non sarà egli quindi debitore, sempre in proporzione della quota che gli spetta, verso se stesso, quanto al prelegato di obbligazione? E ciò posto, non abbiamo nel prelegato di obbligazione il ripetersi preciso dello stesso fenomeno del diritto romano?

Tutto ciò è forma e vana illusione. Il successore nel senso romano classico, che risponde dei debiti del defunto e dei legati, in quanto subentra *in locum et in ius defuncti*, e compare in sua vece e nell'istessa posizione rispetto ai primi, in persona propria rispetto ai secondi, è scomparso. L'erede moderno è un acquirente universale, cioè l'acquirente dell'*universitas* giustinianea, del patrimonio in un senso nuovo, che all'acquisto dei diritti congiunge per legge l'accollo dei debiti quali elementi dell'*universitas*, ed è in pari tempo l'esecutore delle volontà del proprio autore, tra le quali in prima linea va annoverato l'adempimento dei legati. Che l'autore sia defunto, non fa differenza: è la legge che impone il rispetto alle volontà dei defunti. Pertanto anche nel prelegato un vero obbligo verso se stesso, nel senso che l'erede assuma la posizione di creditore e di debitore della prestazione, è sempre escluso. Il diritto alla prestazione deriva sempre dal defunto, e all'erede incombe soltanto l'obbligo, quando incompatibilità obbiettiva non vi sia, di eseguirne le volontà, se accetta l'eredità, come è tenuto a mandarle ad effetto qualunque esecutore testamentario favorito di un lascito. L'erede successore ha ceduto il posto all'erede acquirente ed esecutore; e mentre l'erede successore rappresentava veramente nel rapporto il lato attivo e passivo e veniva quindi sempre a trovarsi per ragioni sub-

biettive in una posizione giuridicamente incompatibile, il nostro erede acquirente ed esecutore è posto dalla legge in relazione con la volontà immanente del defunto: ond'è che se i due titoli, eredità e legato, concorrenti nell'istessa persona, sono obbiettivamente compatibili (come può accadere e non nel solo caso di coeredità), il soggetto di entrambi è tenuto ed ha eventualmente interesse a distinguerli.

Data la validità intera del prelegato e il suo titolo distinto dall'eredità, nessuna delle conseguenze singolari del prelegato romano si può verificare nel diritto moderno. Alcune, come il computo *pro parte* nella Falcidia e nella restituzione fedecommissaria, sono combinazioni escluse dalla mancanza degli istituti corrispondenti; altre, come il diritto di accrescimento a favore del collegatario estraneo, potrebbero verificarsi anche nel diritto moderno, se il prelegato romano si dovesse ritenere ancora vigente. Ma non acquistando l'erede prelegatario nessuna parte del prelegato *iure hereditario*, è chiaro che nulla si caduca e nulla quindi può esser acquisito *iure adcrescendi* al collegatario estraneo. Qualche combinazione moderna potrebbe richiamare per analogia l'imputazione nella Falcidia, ma per le stesse ragioni la soluzione antica non si può rinnovare. Se il legittimario è per una quota erede e inoltre prelegatario, egli non deve imputare nella legittima nessuna parte del prelegato: può esser bensì costretto a collazione per l'intero, se il lascito gli sia fatto sotto questa condizione (Cod. civile, art. 1008) o, in taluni casi, se non ne sia espressamente dispensato (Cod. civ., art. 1026), ma anche in questa figura ben diversa egli conferisce tutto il legato, non una parte acquisita *iure hereditario*. Le garanzie, come quella della separazione dei beni, valgono certamente per l'intero prelegato.

Infine certamente se il prelegato è esuberante sui mezzi della successione, il coerede per la parte sua non lo eseguirà verso se stesso, ma non già perchè egli divenga creditore e debitore di se stesso, bensì per l'assurdità di accettare

dal defunto un benefizio, che dovrebbe farsi con i proprî mezzi. L'incompatibilità per noi è sempre obbiettiva, non subbiettiva.

Forse non vi ha argomento che dimostri con maggior efficacia ed evidenza che la *successio* romana, che la posizione sovrana dell'erede, il quale sopprime il defunto, in quanto subentra veramente al suo posto, è definitivamente sparita.

XV.

Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità (1).

Sommario: 1. Il concetto dell'origine dell'*hereditas* dalla successione sovrana. Sua accoglienza in Italia e all'estero. — 2. Teorie similari svolte in seguito dal Costa e dal Mitteis. — 3. Le teorie divergenti. — 4. La teoria del testamento-adozione. Sua critica. — 5. Critica della teoria del testamento-adozione disegnata dal Perozzi. — 6. La teoria della formazione recente e giurisprudenziale della *heredis institutio* e della *successio in universum ius*. — 7. Critica della dimostrazione del Lenel. Preconcetti e presupposti generali. — 8. La formula decemvirale *familiam habeto* e l'*aditio*. — 9. Il precetto decemvirale *uti legassit super pecunia tutelave suae rei*. — 10. La formula della *nuncupatio* nel testamento *per mancipationem*. — 11. Gli ostacoli alla tesi del Lenel ed i suoi espedienti. Il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. — 12. La responsabilità personale ed illimitata pei debiti. — 13. L'*heredis institutio*. Pretesa origine giurisprudenziale della *heredis institutio* mediante la conversione di uno dei legatari in erede e la degradazione degli altri legatari. — 14. L'*heredis institutio* sarebbe ignota ancora al tempo di Plauto. — 15. Principî e fenomeni non esaminati dal Lenel. — 16. Il preteso pregio storico della teoria: il diritto romano esce dall'isolamento. — 17. Valutazione del metodo naturalistico in contrasto con le aberrazioni del metodo critico.

1. Il concetto dell'origine dell'eredità dalla successione sovrana, come appare da studî recenti (Baviera, Benvenuto Donati), era stato intuito nettamente dal Vico (2), ed è veramente strano che la tesi lucida e precisa, come è stato giustamente rilevato, del padre della ricerca scientifica nella storia non abbia mai colpito e spinto alla verifica positiva, anzi sia caduta interamente nell'oblìo.

---

(1) [Dal *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XXVII, 1915].

(2) [V., per le varie citazioni e la concezione del Vico, *sopra*, pag. 102 e 103 testo e note].

In Italia il concetto da me svolto in più scritti ha incontrato larga e quasi unanime adesione tra i giuristi. In Italia e in Germania, poi, vi si ispirano due concezioni di natura, diremo, più temperata, ma più vaga, quella del Costa e quella del Mitteis. All'estero, peraltro, i miei studî sull'eredità sono ignorati o noti soltanto pel titolo (1). Teorie veramente antistoriche e sovrattutto antiromane, fondate sul presupposto che l'eredità romana servisse *ab origine* ai puri fini patrimoniali, anzi più all'origine che in seguito, riscuotono il maggior credito anche nelle menti più illuminate, e taluna di queste dottrine ha incontrato favore anche in Italia.

All'esame delle varie teorie divergenti dalla mia dedico il presente scritto. Dirò brevemente di quella del Costa nell'ultima sua forma e di quella del Mitteis, coi quali, se si volesse intenderci chiaramente, si dovrebbe scender sullo stesso terreno.

2. Il Costa parve nelle origini seguace del mio concetto. In seguito però egli modificò o spiegò meglio il suo pensiero, limitando la misura del suo assentimento: successione nella *familia* non significa per lui, come invece per me, che usai pure tale espressione, successione nell'impero sulla *familia* intesa come organismo sociale, nel governo di essa, bensì successione in una serie di elementi patrimoniali ed extrapatrimoniali, che egli sembra riassumere nel termine *familia*, come il culto, i sepolcri, l'*hospitium*, il patronato e le opere dei liberti.

In questa forma peraltro la tesi del Costa cesserebbe di essere una tesi circa l'origine dell'eredità, poichè, almeno secondo l'autore, l'eredità comprende tutti quanti cotesti

(1) Fanno eccezione, s'io non m'inganno, soltanto il Mitteis, che ne ha una vaga cognizione, il Lenel (vedi in seguito) e il Rabel, *Grundzüge des röm. Privatrechts*, in Holtzendorff-Kohler, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, 7ª ediz., 1915, pag. 517, n. 2, i quali non ignorano almeno la mia tesi. Uno studioso recente, F. von Woes, *Das röm. Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin 1911, rappresenta in ordine al testamento (vedi in ispecie pag. 29 e segg.) idee piuttosto analoghe alle mie, e con perfetta indipendenza, perchè ignora completamente i miei scritti.

rami extrapatrimoniali anche nel diritto classico, e per conto mio potrei aggiungere all'elenco del Costa i debiti stessi, che non sono concepiti dai Romani come elemento dei *bona*.

E per vero il Costa da ultimo si è spiegato assai chiaramente in questo senso: il concetto della successione nella *familia* sarebbe per me nell'età del diritto classico un ramo secco, per lui un ramo ancor vivo e verde (1).

Tuttavia la divergenza corre il rischio di essere puramente di parole. Anzitutto per il diritto classico io convengo, con alcune riserve, che l'eredità comprende rami extrapatrimoniali, anzi novero tra questi, come ho detto, dal punto di vista genuinamente romano (non dal punto di vista del pensiero bizantino, che ha deformato la *successio* e creato l'*universitas*), anche i debiti.

Io dubito soltanto della convenienza di continuare nel diritto classico a definire l'eredità con questa formula di successione nella *familia*. Da un lato il termine *familia* illude, in quanto fa supporre un'estensione troppo vasta della *hereditas* in senso obbiettivo, mentre niuna potestà sulle persone è più oggetto della successione; dall'altro lato quella formula confonde l'antitesi oramai costituitasi nel diritto classico tra *familia* ed *hereditas*, in quanto alcuni elementi, come i sepolcri, oscillano tra la *familia* e l'*hereditas*, mentre altri, come il patronato e le opere dei liberti, piegano decisamente più verso la *familia* che verso l'*hereditas* (2). E dato questo fenomeno — che prosegue ininterrotto dall'età più vetusta — di scissione della *familia* dall'*hereditas*, di separazione degli elementi che oramai sono attratti dalla prima e di quelli che aderiscono pur sempre all'altra; dato che *familia* riassume ora precisamente quegli elementi che si sono staccati dall'*hereditas*, non è forse un linguaggio scevro di equivoci l'usare ancora il termine *familia* a significare l'oggetto dell'eredità.

---

(1) Costa, *Storia del diritto romano privato*, Torino, Bocca, 1911, pag. 159-161 in fine (v. specialmente la chiusa della lunga nota a pag. 464).

(2) [V. *sopra*, pag. 236-240].

Certamente la formula « successione nella *familia* » o « continuazione della *familia* » piace e riscuote una notevole popolarità; ma io non so scorgere altra ragione di questa popolarità se non quella simpatia del vago e dell'indeterminato, che attrae specialmente nelle materie oscure e rannoda tutti i timidi e gli incerti. È per l'appunto una di quelle formule politiche, che non sono propriamente la espressione di un pensiero, ma servono al pensiero come di richiamo sonoro: ciascuno v'intende quello che vuole e se l'argomento degli studî non gli è straniero, mentalmente e inconsapevolmente corregge il difetto di espressione; se gli è straniero, sente di non compromettersi.

Ad ogni modo, queste osservazioni non toccano la sostanza; è certo che il Costa avverte che l'eredità pur nel diritto classico comprende ancora elementi extrapatrimoniali. Sembra unicamente che la sua dottrina non sia e non voglia essere una teoria genetica. Quelle che per me sarebbero le sopravvivenze di un contenuto più largo, sono e rimangono per il Costa, se io non erro, in ogni fase storica, dal diritto più vetusto al diritto classico, tutto il contenuto dell'eredità.

E nondimeno, anche per le origini, la formula preferita dal Costa, la quale io pure ho adoperato talvolta come formula genetica, potrebbe rappresentare *nel contenuto stesso che il Costa vi riconosce*, la mia stessa teoria genetica. Se infatti noi ci figuriamo, come naturalmente ognuno deve ammettere, che quegli elementi extrapatrimoniali pur dal Costa riconosciuti avessero in antico un carattere ben più serio e una ben più grave efficienza, fossero veramente rami vivi e verdi, essi verrebbero a costituire un insieme tale di poteri e doveri da conferire all'erede la rappresentanza di un gruppo più vasto della famiglia classica (forse la stessa *gens*), meritando nel loro complesso il nome di sovranità. Se noi, infatti, ci riportiamo ad un'età, in cui la responsabilità di un gruppo e del suo capo, in cui l'*amicitia* e l'*hospitium* acquistano un'impronta quasi internazionale,

le opere dei liberti divengono le *corvées* dei clienti e il *ius vitae et necis*, che ancora all'epoca di Cesare vige e si esercita sui liberti, si trasporta sullo stuolo dei clienti, il culto familiare e i sepolcri costituiscono una religione, il dovere della tutela è un vero diritto ed una vera potestà sugli impuberi e sulle donne, che ancora all'epoca dei Baccanali (a. 186 a. C.) appaiono soggette al *ius vitae et necis* dei tutori, e, aggiungiamo, il dovere dell'accusa per offese al defunto è il diritto di esercitar la vendetta del sangue; se poniamo che tuttociò doveva pur conferire all'erede un'autorità e stabilire una subordinazione degli stessi membri ingenui e adulti a questo capo; se ci raffiguriamo, insomma, la vivace immagine di un erede, il quale è non solo il depositario del nome e della dignità della casata intera, ma è investito di tali poteri e di tali funzioni in rappresentanza delle singole famiglie, noi non potremmo riassumere la posizione dell'*heres* se non nel termine di «sovranità»; poichè sovranità, com'è ben ovvio, è concetto assai elastico nel suo contenuto ed io mi sono ben guardato dal ricostruire l'estensione della potestà dell'erede sovrano. E per quell'epoca primitiva il parlar di continuazione della *familia* sarebbe termine esatto, poichè *familia* ed *hereditas* coincidevano. Ma forse, ripeto, l'erede, più che la *familia*, continuava la *gens* ed era il *pater gentis* ed il rappresentante di essa in Senato, come il primogenito nella Camera dei Lords.

Anche il Mitteis, richiamando i miei studî, dichiara, in opposizione col Pernice, che l'eredità doveva avere in antico un contenuto più spirituale, al di sopra della pura e semplice patrimonialità (1). Tuttavia egli sembra nel concetto un aderente alla teoria del testamento-adozione.

3. In generale peraltro, come ho già detto, negli autori stranieri l'eredità è schiettamente patrimoniale *ab origine*,

---

(1) Mitteis, *Das röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, Leipzig 1908, § 6, specialmente pag. 98, n. 11.

anzi negli autori più decisi emerge una tendenza radicale in senso opposto, in quanto, ravvisando molto vagamente e incompiutamente nel contenuto e nella struttura della eredità classica qualche cosa di incongruo con la pura patrimonialità, si afferma e si tenta di dimostrare che precisamente questi elementi, che io ritengo primitivi, sono sopraggiunti in seguito. E poichè questi elementi sono più vivaci e balzano agli occhi nel testamento, anzi nel testamento sono visibili anche ai non romanisti, anche ai puri filologi, e poichè, altresì, il testamento come libera disposizione patrimoniale per atto di ultima volontà, collocato alle origini del diritto romano, appare un mostro, un miracolo unico (1), tutta la battaglia si è incentrata sul testamento. E qui siamo in tema di vere teorie genetiche opposte alla nostra concezione.

4. La teoria più seducente, perchè più conforme alla coscienza odierna e quindi al criterio ingannevole di verosimiglianza basato sui fini e i sentimenti attuali, è quella che vede nel testamento un'adozione compiuta per ultima volontà, cioè la chiamata di un estraneo nella famiglia e quindi nel patrimonio, ammessa solo in assenza di figli

---

(1) Nessuno ha espresso queste idee con maggior energia del LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris 1903, pag. 415.

Su questo punto conviene intenderci. Il diritto romano nella sua ossatura fondamentale, liberata dalle superstrutture storiche e specialmente bizantine, appare giorno per giorno sempre più originale e irriducibile agli schemi dei diritti degli altri popoli arî: violentare le istituzioni per amor della comparazione è un giuoco ributtante e straziante non meno di quelli di cui si compiaceva il feroce ed ameno grassatore d'Eleusi. Ma questa ossatura è veramente primitiva e barbarica e sono nel giusto gli scrittori che ripugnano dall'attribuire all'antico diritto romano un'istituzione servente agli scopi di società progredite, raffinate, di matura civiltà. Tale è il testamento classico con la sua impronta individuale e la sua funzione patrimoniale: ma tale non era nè l'impronta nè la funzione del testamento primitivo, come pur sempre l'ossatura fondamentale dell'istituzione fa manifesto a chi la osservi con occhio di critico e di giurista, a chi la osservi tutta.

legittimi. I suoi aderenti (ricordiamo i nomi più celebrati, Gans, Schulin, Sohm) non si contano: i filologi (salvo il Pais) sono tutti in questa corrente (1).

Gli argomenti cui si ricorre per dimostrare questa concezione sono in parte desunti dal diritto comparato, in parte dalla presunta connessione del testamento con l'arrogazione. Nel diritto comparato (si osserva da tutti gli scrittori) e specialmente nel diritto greco e nell'antico diritto germanico, che sono i diritti più studiati, non si conosce in origine se non la successione intestata dei figli: la successione testamentaria è sopraggiunta in seguito, in difetto di figli, di regola nella forma della chiamata di un estraneo in qualità di figlio: e solo con l'emanciparsi progressivo dell'individuo essa ha potuto conquistare dignità eguale alla successione legittima. Venendo poi al diritto romano, si osserva che il testamento ha un'innegabile affinità di forme con l'arrogazione: entrambi gli atti si compivano davanti ai Comizi curiati, anzi sono i due soli atti privati che seguono dinanzi a quella vetusta assemblea.

Evidentemente, si prosegue — con una di quelle frettolose illazioni, in cui la simpatia mentale turba il rigore logico — il testamento non doveva essere se non un'arrogazione *post mortem*. Qualche scrittore si è richiamato anche alle adozioni *post mortem*, che i giureconsulti romani ignorano, ma di cui a datare dalla fine della repubblica, e giù giù, nell'èra del principato, gli esempi non mancano; il più celebre, com'è noto, è l'adozione di Ottavio per opera di Cesare.

Ora per quel che concerne il diritto comparato, io lo dissi più volte. Niun dubbio che la successione primitiva

---

(1) Un filone parallelo rappresenta la tesi del LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris 1903, pag. 411-500, il quale, con un cumulo di dati desunti dal diritto comparato, si sforza di riavvicinare il testamento romano al contratto successorio, vale a dire all'istituzione più ripugnante ai principî del diritto romano, più straniera alla sua compagine.

sia domestica, ed esclusa la chiamata di un estraneo; dirò anzi, che precisamente nel mio concetto dell'eredità, per cui essa non significa l'acquisto di un patrimonio staccantesi dalla famiglia, ma la successione nella potestà sul gruppo, la chiamata di uno straniero sarebbe davvero assurda. Ma tuttociò non significa punto che il testamento non debba esser primitivo: vero è soltanto ch'esso non è destinato alla chiamata di uno straniero al gruppo. Nella comparazione si abusa dei termini romani *successione testamentaria* e *successione intestata*, attribuendo un senso e un colorito non romano a queste categorie; si abusa dell'essere la terminologia romana divenuta la lingua franca del diritto. Il fatto che nella società romana, la quale pure, nella stessa èra ultima della repubblica, non ha raggiunto, nè per civiltà, nè per ricchezza di forme economiche, il grado di Atene e degli Stati ellenici ed ellenistici, nondimeno il testamento ha radici ben più profonde, dovrebbe far pensare circa questi richiami, dovrebbe far volgere lo sguardo ad altre fonti del diritto comparato, in cui la struttura del diritto successorio romano ha un più limpido e diretto riscontro. La διαθήκη ellenica o è adozione, o è *donatio mortis causa*, perchè il cosiddetto *Vermächtnisstestament* o *Legatentestament*, come usano dire i Tedeschi, non è che la *donatio mortis causa* del diritto romano: la sua stessa revocabilità è la revocabilità *ad libitum* della *donatio mortis causa*, non quella del testamento civile classico, in cui nulla può il mutamento di volontà, nulla può la distruzione stessa delle tavole, perchè solo una nuova e valida designazione d'erede ha virtù di annullare l'antica, prendendone il posto (1).

Ammesso pertanto che la successione dei figli sia il tipo prevalente di successione, il che è, ripeto, esatto, e non per la sola età primitiva, desumerne che il *testamentum* romano sia posteriore è un'illazione irriflessiva e antiromana. Nella

(1) [V. *sopra*, XII, pag. 417 e seguenti].

immensa maggioranza degli esempi storici e giuridici l'erede chiamato per testamento è nel diritto romano un figlio, e la stessa formula *exheredes sunto* mostra che è l'uno dei figli che si contempla, escludendo gli altri, i quali vengono alla lor volta, nelle specie più complesse figurate dalle nostre fonti giuridiche, contemplati con legati. Si può dire che nel diritto romano storico l'istituzione d'erede è la designazione di quello tra i figli che prosegue ormai, se non più il governo, certo pur sempre il nome e la dignità della famiglia, il legato è l'approvvigionamento delle donne e dei cadetti (1).

Quanto al richiamo dell'arrogazione e dei Comizi curiati, io non so perchè questo argomento non venga addotto in senso contrario; ma la dialettica superficiale è la negazione di ogni logica. Appunto perchè testamento e adozione ci compaiono come due atti distinti, io direi che sono due atti distinti: che le forme sieno egualmente solenni si comprende, perchè la continuazione di una famiglia e l'assorbimento di una famiglia in un'altra sono fenomeni egualmente gravi. Voler vedere nel testamento un'arrogazione *post mortem* è un arbitrio. Come dicemmo, il testamento è il più delle volte istituzione di un figlio, e viceversa chi non è figlio non lo diventa per testamento: le stesse adozioni testamentarie, checchè si voglia sognare, appaiono fenomeni storici tardi, non hanno valore giuridico e sono, ad ogni modo, anch'esse distinte dall'istituzione d'erede.

Conviene sconvolgere le istituzioni romane per creare una base al testamento-adozione (2).

---

(1) Vedi, per questo costume e per l'altro correlativo (ed egualmente inconcepibile nel diritto greco e in diritti similari) di onorare di legati, fedecommessi o simili i figli diseredati o le figlie diseredate, il mio scritto: *Le affinità giuridiche greco-romane*, in *Riv. di storia antica*, vol. XIII, 1910, pag. 200, 203, e specialmente i testi citati a pag. 200, n. 1, 203, n. 1 [V. *sopra*, pag. 376, n. 1, e 379, n. 2].

(2) È curioso vedere dei romanisti come l'Appleton, *Le testament romain*, ecc., Paris 1903, e già prima il Greiff, *De l'origine du testament romain*, Paris 1898, pag. 78 e segg., rilevare ad una ad una le diffe-

In conclusione quest'idea, salvo l'equivoco richiamo del diritto comparato, non ha nulla per sè: nè memorie o tradizioni romane, nè elementi organici dell'istituto romano, ed ha invece tutto contro di sè. È il fallace senso della verosimiglianza odierna, vale a dire un sentimento che è spesso l'antitesi del senso storico, ciò che la sorregge.

5. Questa corrente di idee è seguìta in Italia dal Perozzi (1) e dall'Arangio-Ruiz (2), il quale in parte limita, in parte ripete brevemente l'argomentazione consueta, ma in generale si richiama ai suoi predecessori e in modo particolare al Perozzi. Convien pertanto tener conto della forma, con cui presenta la tesi il Perozzi. Veramente argomenti nuovi il Perozzi non ne reca, e par quasi disprezzare quelli addotti; nel che non gli saprei dar torto. Nel suo scritto pubblicato per le onoranze a Vittorio Scialoja e nelle sue *Istituzioni*, in cui rielabora e svolge la tesi, vi ha una foga notevole di divinazioni, un lavorìo pure notevole di dialettica, sulla base delle predette divinazioni, ma nessun testo, nessun indizio, nulla: ciò non gli torna a disdoro, perchè nel diritto romano non v'è effettivamente nulla in questa direzione. Noi non possiamo che riassumere il quadro disegnato in lunghe pagine (più di venti nelle sue *Istituzioni*) dal Perozzi, con qualche osservazione sul disegno e sui punti in cui devia dalla retta nozione degli istituti, ma nessuna critica di argomenti che egli non adduce. E lo facciamo, perchè a noi sembra che la vanità stessa del tentativo di un nobile e fertilissimo ingegno debba mostrare la niuna base romana della teoria.

---

renze tra il testamento e l'arrogazione sino a togliere ogni base al riavvicinamento, e infine cedere alla moda, seguendo quasi un impulso sentimentale, con frasi come: *E tuttavia qualche cosa*, ecc.

(1) Perozzi, *Problemi di origini*, negli *Studî in onore di V. Scialoja*, Milano 1905, vol. II, pag. 167 e segg., *Istituzioni*, Firenze 1908, vol. II, § 196, pag. 357-381.

(2) Vedi Arangio-Ruiz, *Le genti e la città*, Messina 1914, pag. 61.

Il testamento, ripete il Perozzi, non era possibile, se non in mancanza di figli. « Poteva però avvenire che il testatore (il Perozzi, seguendo la suggestione del linguaggio romano, indice eloquente delle idee romane, chiama qui testatore il defunto o ereditando), non avesse figli o prevedesse che gli venissero a mancare... In tal caso il costume gli concede di adottare per dopo la morte un servo proprio » (*Istituzioni*, II, pag. 359). Pertanto l'adozione di uno schiavo proprio compiuta per atto del *paterfamilias* con intervento dei testimoni, sarebbe il punto di partenza del testamento. Appartiene alla maniera simpatica con la quale il Perozzi tenta costantemente di tener sollevato il lettore la dichiarazione seguente: « Non v'ha così in questo tempo eredità di donne, perchè queste non possono aver figli » (*Istituzioni*, pag. 360). Evidentemente la parola « figli » in lingua italiana è qui adoperata nel significato originario con lo stesso sapore di celia con cui potrebbe esser adoperata oggi la voce « signorina » per significare la vecchierella. Ciò posto, il Perozzi conclude: « E non v'ha, a rigore, due specie, due fondamenti di successione ereditaria, cioè, per usare la terminologia posteriore, la legittima e la testamentaria, una duplicità a cui un diritto può arrivare, ma da cui non può partire. L'eredità deriva da un solo fatto: dalla qualità di figlio » (*Istituzioni*, II, pag. 360).

L'osservazione del Perozzi ha un fondamento giusto. Il regime duplice della successione in origine è inverosimile, com'è altresì assurdo che in gruppi primitivi si scelga il successore fuori del gruppo, cioè, in generale, fuori dei proprî figli. L'equivoco è pur sempre di supporre che lo stabilire come sistema la successione testamentaria significhi stabilire la sistematica chiamata di un estraneo, di supporre che, una volta riconosciuta la successione familiare, non vi sia posto pel testamento. Tipica ossessione delle condizioni e delle categorie odierne, che spinge a trasportare nell'età primitiva le nostre finalità della successione, i nostri ordinamenti legali di successione familiare sicuri, precisi e

antitetici alla concezione odierna del testamento, ed immaginare inoltre che le famiglie primitive non avessero che un unico figlio! In realtà in tutti i diritti *veramente primitivi* il sistema successorio rappresenta un sistema di scelta dell'uno dei figli, o dell'uno dei congiunti: o il primogenito, o il più maturo, o il più degno.

Seguono nel Perozzi alcune divinazioni sulla tutela delle donne e degli impuberi. Interessanti sono quelle sul destino primitivo degli oggetti, quando morisse una donna *sui iuris* o un *paterfamilias* impubere, o pubere, ma intestato e senza *sui*. « La facoltà d'occupazione con l'effetto di acquistare la proprietà delle cose occupate era riservata dai diritti interni gentilizi ai membri della *gens* del defunto, ma le norme relative erano incerte e in ogni caso diverse da gente a gente: dove codeste cose le poteva occupare chiunque della *gens*, dove pretendeva un diritto di occupazione qualunque agnato, dove l'agnato prossimo, dove la *gens*, come il corpo sovrano, cui apparteneva il defunto e come quello a cui un tempo appartenevano tutte le *res mancipi*. La legge delle XII Tavole, la cui più precisa e conscia funzione fu di pareggiare i varî diritti gentilizî che la città aveva in principio accolti nella loro diversità sostituì a questa condizione giuridica incerta e disuguale, una nuova, precisa e pari » (*Istituzioni*, II, pag. 361).

Il testamento si sarebbe staccato dall'adozione dopo le XII Tavole: « Costituita la città, sorse una reazione progressivamente, benchè lentamente vittoriosa sia contro l'adozione di figli altrui, e di servi altrui, come di servi proprî. I figli dovevano restare entro la città ai loro padri: i servi, esclusi dalla città non dovevano entrarvi per atto del *paterfamilias* divenendo figli. Ma perchè il *paterfamilias* che non aveva *heredes sui* naturali non doveva esser condannato a rimanere senza eredi, la città, come permise che fosse adottato per legge un *paterfamilias* per la vita dell'adottante, così permise che fosse adottato ancora per legge e per dopo la morte il servo proprio dell'ereditando, cioè permise ancora

il *testamentum*. Sorgeva così posteriormente alle XII Tavole la prima forma storica di *testamentum*, ossia il *testamentum calatis comitiis*, fuso però ancora nella stessa legge di nomina in figlio, che serviva per l'adozione del *paterfamilias* e inteso per tale, ossia per adozione » (*Istituzioni*, II, pag. 364).

Questo atto però sarebbe rimasto adozione per breve tempo.

Il distacco dell'adozione e il raggiungimento della piena libertà testamentaria sarebbero avvenuti prima « mediante un artificio, la *mancipatio familiae*, col quale si faceva alcuno come erede senza farlo figlio, poi apertamente con una riforma del diritto pubblico, di cui era parte il testamento, resa inevitabile della pratica di quell'artificio » (*Istituzioni*, II, pag. 365).

Siamo in un mare di congetture; e congetture in parte campate in aria, in parte cozzanti colle stesse forme delle istituzioni. Il testamento *calatis comitiis* non può esser posteriore alle XII Tavole: esso risale all'epoca regia (1).

Dove poi le norme positive son tocche, ivi l'abbaglio o l'illogismo si svela. Circa l'intrasmissibilità della delazione, che sarebbe un rudere dell'antico sistema, il Perozzi osserva: « Il diritto romano vuole una vocazione nel patrimonio. O è il testatore che ordina che sia *heres* una data persona, o è lo Stato che ordina ciò. La *conseguenza logica* si era che se il chiamato moriva prima di adire l'eredità e di divenire così erede, egli non poteva trasmettere ad altra persona il patrimonio; poichè questa non poteva succedere in un patrimonio che quegli non aveva acquistato ed in cui questi non era chiamato. Questo principio, così detto dell'intrasmissibilità della delazione, rimase appunto *per la sua forza logica*, nè si elimina che sostituendo al concetto dell'eredità come vocazione in un patrimonio quello di vocazione in un diritto ad acquistarlo » (*Istituzioni*, II, pag. 357).

(1) [V. *sopra*, pag. 328, n. 2, e in seguito pag. 501].

La *conseguenza logica*, sulla quale il Perozzi insiste, è veramente male invocata e la logica vera impone di rovesciarla. L'intrasmissibilità della delazione si giustifica nel diritto romano, in quanto questo non chiama direttamente al patrimonio, ma conferisce un diritto *personale* ad acquistarlo; certo la delazione è trasmissibile nel diritto moderno, *dove indubbiamente per consenso unanime l'eredità è vocazione in un patrimonio.*

Circa la successione nelle obbligazioni il Perozzi ritiene che essa sia sopraggiunta in seguito *col riconoscimento della patrimonialità dell'obbligazione.* « Via via che matura il senso della patrimonialità di un rapporto di obbligo, l'eredità che nasce come successione nel patrimonio, quando questo non è formato che di cose, comprende, appunto perchè è successione nel patrimonio, anche questi altri elementi patrimoniali che sono i debiti e i crediti non penali. I quali vengono a costituire un elemento organico dell'eredità e non aggiunto ad essa. Siamo dinanzi a un fenomeno di accessione. È perchè quasi tutti i rapporti di obbligo assunsero via via il carattere veduto, che troviamo l'eredità abbracciarli tutti, salvo le eccezioni annoverate » (*Istituzioni*, II, pag. 369). Tuttociò, benchè l'esecuzione sia pur sempre personale. « I creditori del defunto ricevono in luogo del corpo del defunto un altro corpo su cui vendicarsi, e cioè quello dell'erede. I debitori del defunto dovranno subire la vendetta dell'erede. Questi conserverà la facoltà di vendicarsi sui suoi debitori e a sua volta continuerà ad essere esposto alla vendetta de' suoi creditori » (*Istituzioni*, II, pag. 370).

Ora anche a questo riguardo i Romani nè prima delle XII Tavole, nè al tempo delle XII Tavole, nè per tutto il diritto classico hanno mai concepito i debiti come elemento del patrimonio: i *bona* escludono sempre i debiti, salvo (in una forma ambigua) in due testi interpolati. *I debiti sono bensì un elemento della successione, ma non un elemento del patrimonio; l'erede è debitore, perchè succede.* Dal punto di vista classico nel patrimonio *non si succede:* esso *si acquista*

in conseguenza della *successio*, che è *in locum*, *in ius*, non già *in bona*.

Circa il fenomeno della confusione il Perozzi osserva: « La fusione dei due patrimoni in ordine ai crediti ed ai debiti non è che l'espressione di questa estinzione di diritti di vendetta e di trasporto o permanenza loro a favore o contro le persone delle due masse di creditori e di debitori e a favore o contro l'erede... Se il principio della fusione dei due patrimoni non fu formalmente mai abolito, e se tuttora nei diritti odierni non è condotta alle sue ultime conseguenze l'idea dell'inerenza dei debiti e crediti ereditari al patrimonio ereditato, vuol dire che certi sentimenti connessi all'eredità e certe *grandi opportunità* lo mantennero e lo mantengono, che *nessuna consequenziarietà logica ha la forza di vincere* » (*Istituzioni*, pag. 370 e 371). E anche altrove egli ritrova in questa « fusione in un unico patrimonio dei due patrimoni del defunto e dell'erede » un « più strano... carattere saliente dell'eredità romana » (*Istituzioni*, pag. 355).

Siamo, di nuovo, agli antipodi della logica. La fusione dei due patrimoni, intesi oramai i debiti come parte della successione ereditaria, è perfettamente logica e conforme precisamente all'essenza della patrimonialità. *La confusione ereditaria non è che il fenomeno della confusione subbiettiva attuato nella forma più vasta.*

Chi acquista un fondo, su cui ha diritto di servitù, perde per confusione il suo diritto di servitù. Noi che lottiamo contro la successione illimitata nei debiti e contro la confusione dei patrimoni *non siamo pertanto mossi dalla consequenziarietà logica* o per lo meno non siamo spinti da una logica diretta contro il principio della confusione, bensì contro il principio della illimitata successione nei debiti come elemento del patrimonio. Noi riteniamo che il principio il quale comprende i debiti nel patrimonio, e li fa trapassare integralmente con questo, sia un puro concetto legislativo e artificioso: nella realtà del commercio, una ditta, ad esempio, il cui passivo supera l'attivo, ha una situa-

zione finanziaria, un bilancio, ma non ha più un patrimonio. Sicchè, più che ogni argomento logico, ci muove precisamente a combattere il principio della confusione dei patrimoni nella materia ereditaria la *grande opportunità* di regolare la successione ereditaria in un modo più confacente al credito e al commercio.

Uno spirito conservativo che adori tutti i ruderi del passato a me sembra eccessivo. Nè è esatta la dichiarazione relativa ai diritti odierni: basta ricordare le due vaste e imponenti legislazioni indipendenti o, quel ch'è più grave, emancipatesi dalla tradizione romana, come il diritto anglosassone e il Codice civile germanico, che adottano precisamente l'idea dell'inerenza dei debiti e crediti ereditari al patrimonio ereditario e non alla persona dell'erede.

Quanto alla spiegazione del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, il Perozzi ripete a un dipresso il pensiero antico di Scialoja, della parificazione dei *sui* con l'erede testamentario e del testamento ammesso solo in assenza di *sui* (*Istituzioni*, II, pag. 372).

Debbo dichiarare peraltro che il Perozzi, per quanto disegni di fantasia, lavora con elementi romani. Se tutto lo sforzo del suo ingegno, ostinato a difendere una cattiva causa, non riesce a sorreggere la teoria del testamento-adozione, gli è perchè là dove non c'è nulla, anche il più acuto e fervido indagatore può rivoltare finchè vuole gli elementi della storia e del diritto, ma non riesce a scoprire nulla. Ma noi non ritroviamo nel Perozzi la leggerezza dei comparatisti, e la stessa affinità di forme tra il testamento e l'arrogazione, che per un romanista può esser piuttosto un argomento contrario, non è richiamata da lui. Quanto agli abbagli dommatici essi sono scusati dalla fissazione antica di combattere la mia tesi (1).

(1) L'Arangio-Ruiz, come dico (vedi *sopra*), non intende aggiungere nulla all'argomentazione consueta o piuttosto a questa deficienza di argomenti. È notevole tuttavia come egli si sforzi di puntellare la tesi

6. Il concetto dell'arrogazione rappresenta un tentativo per spiegare il principio dell'*heredis institutio*, che per noi non è se non l'involucro semivuoto di un vasto contenuto in gran parte svanito. Ma vi ha, come dicemmo, una tesi

---

con due accenni poco felici a congetture estranee e più che dubbie. L'una è il richiamo ad una interpretazione del testo decemvirale *cui suus heres nec escit* data o meglio rinnovata ora dal Kniep. Anche se fosse fondata, questa interpretazione del Kniep (già mia) non sarebbe un argomento per la tesi del testamento-adozione, bensì uno sforzo per documentare il presupposto generale delle varie teorie dominanti, per le quali l'assoluta libertà di testare del *paterfamilias* è il punto più ostico da superare, e si può dire il punto centrale della battaglia. Ma essa non è fondata. Il Kniep, *Gaii Inst.*, II, § 97-108, ritiene che le XII Tavole, prescrivendo *si intestato moritur cui suus heres nec escit*, stabilissero implicitamente il divieto di testare per chi avesse un *suus heres*. L'Arangio commenta (l. c., pag. 61): « Fra le diverse interpretazioni possibili quella di Kniep mi sembra preferibile per il sostegno che le offrono le leggi di Solone riferite nell'orazione *Adv. Makart.* [Dem.] 51, pag. 1667 (correggi 1067) ». La stessa interpretazione io ebbi a sostenere un quarto di secolo prima del Kniep (*Res mancipi*, Roma 1888-89, pag. 261 e 262: « La parola stessa della legge ci ammonisce che costoro (agnati e gentili) succedono nella famiglia, se muore senza testamento colui al quale *suus heres nec escit* »), quando io ero ancora sotto l'influenza delle idee dominanti circa la necessaria precedenza storica della successione intestata in nome del diritto comparato, benchè avessi già intravista la natura della successione romana primitiva. Se non che tale intelligenza del precetto decemvirale rappresenta uno sforzo mentale di chi vuol torcere i testi secondo le proprie idee preconcette, e poi farsi un argomento della propria stortura; ed io da gran tempo ho abbandonato questi metodi. L'interpretazione è errata così dal punto di vista della logica disposizione dell'inciso, come dal punto di vista della latinità e del linguaggio decemvirale. Se l'inciso *cui suus heres nec escit* fosse il presupposto comune, così del testamento come della successione degli agnati, esso avrebbe dovuto essere in testa alla frase, e tanto più avrebbe dovuto essere in testa secondo le norme stilistiche della latinità osservate rigorosamente nel linguaggio decemvirale, per cui si vogliono in principio ed in fine di ogni frase le parti più salienti del discorso. La frase decemvirale, per avere il senso voluto in cotesta interpretazione, dovrebbe avere a un di presso quest'ordine: *cui suus heres nec escit si intestato moritur*, ecc., ovvero *agnatus proximus familiam habeto si intestato moritur cui*, ecc. D'altra parte la correlazione delle due norme decemvirali relative alla successione intestata rende manifesto che l'inciso-condizione *cui suus heres nec escit* per la

più radicale che esclude nelle origini dal testamento romano sia l'*heredis institutio*, sia ogni surrogato di essa. L'istituzione d'erede sarebbe un prodotto nuovo e tardo. Questo pensiero è largamente diffuso. Più o meno, a datare dalle ricerche storiche nel secolo scorso si ritenne da tutti che la *successio in universum ius* fosse per il suo carattere *artificioso*, come usa dire, un concetto sviluppatosi tardi, elaborato da giureconsulti evoluti, capaci di astrazioni supe-

---

successione dell'agnato corrisponde all'inciso-condizione *si agnatus nec escit* per la successione dei gentili.

Quanto al richiamo della legge solonica nel testo attribuito a Demostene, esso è forse una svista dell'Arangio, poichè, a dire il vero, fa prova contro di lui. Eccone infatti il tenore:

Ὅστις ἂν μὴ διαθέμενος ἀποθάνῃ, ἐὰν μὲν παῖδας καταλείπῃ θηλείας, σὺν ταύτῃσιν, ἐὰν δὲ μή, τούςδε κυρίους εἶναι τῶν χρημάτων κ.τ.λ.

Il periodo legislativo del testo greco ha invero una struttura grammaticale e un andamento che corrisponde alla struttura e all'andamento del testo decemvirale, e potrebbe tradursi: *Quicumque intestato mortuus sit, si filios reliquerit*, ecc. Io suppongo che l'Arangio (e mi pare che anche il seguito del suo discorso porti a questo) l'abbia citato perchè agli Ateniesi certamente non era lecito testare in presenza di figli e quindi parrebbe che il testo decemvirale si dovesse interpretare egualmente. Se non che l'Arangio ha dimenticato la parola che segue a quelle che abbiamo tradotto, cioè θηλείας *feminini sexus*, non ha riflettuto insomma che si tratta di prole *femminile*, di fronte alla quale il testamento è lecito anche agli Ateniesi; la legge di Solone, sappiamo, lo escludeva solo in presenza di figli legittimi maschi, γνησίοι ἄρρενες. Cfr. *ad abundantiam* il testo quasi parallelo di Is., *De Pyrrh. her.*, 68: se il defunto lascia soltanto figlie, ἐξεῖναι διαθέσθαι..... σὺν ταύταις (v. il riferimento integrale del passo d'Iseo *sopra* pag. 383).

Il testo greco quindi prova il contrario di quel che l'Arangio assume. [La parte finale che non ci riguarda è piuttosto oscura; vedi Beauchet, *Hist. du droit privé de la rép. athén.*, III, pag. 466; Lipsius, *Das att. Recht u. Rechtsverfahren*, Leipzig 1912, vol. II, pag. 549, n. 33. Io oserei con la più cauta riserva supporre che sia caduto dopo ταύτῃσιν un inciso come τοὺς ἀγχιστεῖς κληρονομεῖν, cioè, s'intende, congiungendosi in matrimonio, secondo il diritto della ἐπίκληρος. Certo il τούςδε deve aver un riferimento che nel testo attuale manca; potrebbe essere tuttavia ch'esso fosse in una clausola precedente a noi ignota. Per altre emendazioni vedi Beauchet e Lipsius, l. c.].

L'altra congettura, appena ricordata per vero dell'Arangio, richiamandosi pur sempre al Kniep (il quale alla sua volta si appoggia allo Schrader), è il ravvicinamento della parola *heres* alla greca χῆρος, che

riori e di ragionamenti sottili (1). In forma più determinata già il Kuntze espresse il pensiero che l'antico testamento non dovesse contenere se non disposizioni di cose particolari, anzi nella *institutio ex re certa*, che dà tanto rovello ai classici, egli trova il tipo e il contenuto primitivo del testamento. Idee analoghe hanno formulato il Cuq, l'Ehrlich, il Binder, il Kniep.

7. Ma quegli che ne ha tentato una dimostrazione più larga è il Lenel in una comunicazione al Congresso storico

---

verrebbe a darle il senso di « orfano ». Se non che questa etimologia è bene lasciarla da banda, come io lasciai sempre da banda l'etimologia di *heres* da *erus* o *herus*, per la quale avrei pure a mio favore il linguaggio antico e la tradizione dei Romani attestata da Festo (PAULUS DIAC., *ex lib. Pomp. Festi*, voce *Heres*, ed. Teubner, pag. 88: « Heres apud antiquos pro domino ponebatur ») e da Giustiniano, § 7, I., 2, 19 (passo forse desunto dalle *res cottidianae* di Gaio). Nè si dica che un filologo moderno, come lo SCHRADER, pesa più di Festo o di Gaio, perchè al nostro scopo è precisamente il contrario. Una etimologia constatata entro l'orbita della lingua latina e meglio ancora un uso constatato ha valore per le istituzioni del Lazio; un'etimologia troppo remota e scientifica, che ci richiama all'unità aria, è al nostro scopo insignificante e pericolosa. Pur troppo di queste etimologie sapienti si abusa e talvolta in modo antiscientifico, come quando si fa derivare *mancipare* direttamente da *manu capere*, *peculium* da *pecus*, *superficies* da *super facere*, ecc. saltando il membro intermedio, che rappresenta il vero *etymon* di valore storico (*mancipium*, *pecunia*, *facies*), e deducendone poco felicemente che la *mancipatio* doveva esser relativa esclusivamente alle cose mobili, che il *peculium* doveva consistere di greggi, ecc. Ma quando l'organismo delle istituzioni è parlante non è il caso nè di scuoterlo, nè di corroborarlo con simili quisquilie. In vita ed in morte il *paterfamilias* è arbitro del destino della sua famiglia: il *ius vitae et necis* è ben più grave della libertà di testare, tanto più quando ci si svesta della tenace illusione che l'*heres* designato per testamento sia un estraneo, mentre in tutte le fonti esso è quasi sempre il figlio od il nipote, e anche in assenza di figli o nipoti *ex filio* esso è quasi regolarmente il nipote in altro senso, cioè il *figlio*, *di un fratello o di una sorella*.

(1) [Il rilievo dovrebbe condurre precisamente a opposte illazioni, poichè l'*artificioso* risulta dalla contraddizione coi nostri concetti e coi fini odierni, che noi non dovremmo proiettare nel passato e nelle origini: cfr., per l'uso dello stesso epiteto circa la famiglia primitiva, *sopra*, pag. 23, n. 2].

di Londra dell'anno 1913 (1). Nondimeno la sua argomentazione stessa, che rappresenta il maggiore sforzo in proposito, non è che basata sopra un preconcetto e una sottile trama dialettica tessuta sul linguaggio delle XII Tavole, e cozza invece contro tutti i principî fondamentali dell'eredità.

Il preconcetto è il seguente: l'ingenua, materialistica rappresentazione dell'antico popolo non poteva albergare una concezione ideale, riflessa, artificiosa; non poteva scorgere nell'eredità una mera astrazione. Pei Romani delle XII Tavole essa doveva esser qualcosa di corporale, qualcosa di afferrabile: la casa, il campo, gli schiavi, il bestiame. « Non possiamo nemmeno trasportare nel diritto delle XII Tavole i concetti classici della delazione e dell'acquisto. Essi riposano sull'idea che l'*hereditas* sia una mera posizione giuridica offerta dalla legge all'*extraneus* e acquistata da lui mediante semplice atto di volontà: se l'eredità è qualche cosa di corporale, essa non può essere acquistata mediante una semplice dichiarazione di volontà, come non potrebbe una *res derelicta*. Chi non è già *dominus* nella casa, come il *suus*, diventa *heres* soltanto con la reale presa di possesso della *familia* » (*l. c.*, pag. 123).

Ora l'ingenuità dei popoli primitivi è un motivo giusto, ma non c'è motivo giusto di cui non si possa fare un'applicazione erronea. Anche i popoli primitivi hanno la loro organizzazione, hanno il loro mondo ideologico, e talvolta siamo precisamente noi che dobbiamo fare uno sforzo per trasportarci in un mondo e in un ambiente così diverso, ma lo dobbiamo fare se non vogliamo giudicare delle cose del passato con la mentalità e con le idee del presente, violando l'assioma fondamentale del Vico, primo criterio di ogni indagine storica. Le concezioni di un dato momento

(1) Lenel, *Zur Gesch. der her. institutio* in *Essays in legal history*, V, edited by P. Vinogradoff, Oxford 1913, pag. 120-142. L'autorità del maestro ha già suscitato a questa disgraziatissima tesi i suoi preclari credenti: cfr. I. Kohler e L. Wenger, *Allgemeine Rechtsgesch.*, Berlin 1914, pag. 269.

possono riuscir difficili e astruse nella società moderna, dove sono fuori di posto: ma non sono punto difficili nell'età loro, quando esse sono richieste dalle condizioni sociali e si ha il còmpito di obbedire spontaneamente a queste, non di formular scientificamente i concetti. Ricollocate pertanto nel loro ambiente, le idee più artificiose divengono semplici. Non è già spogliando il mondo presente di tuttociò che ha di spirituale e di organico che noi possiamo ricostruire la società primitiva, bensì studiando i coefficienti spirituali, i bisogni reali e le organizzazioni diverse della età primitiva.

D'altra parte nessun romanista, e molto meno il Lenel, dovrebbe immaginarsi l'antica giurisprudenza romana e la stessa giurisprudenza classica così portate all'astrazione, da creare per fini patrimoniali quel concetto della *successio in universum ius*, che tanto ci travaglia. Se i Romani avessero preso le mosse dal punto di vista patrimoniale, essi sarebbero giunti a quella concezione realistica dell'acquisto ereditario, alla quale sono giunte le legislazioni indipendenti dalla tradizione romana, alla quale son giunti i Romani stessi negli acquisti universali (all'infuori delle vere *successiones*), come la pseudo-successione del fisco e l'acquisto *iure peculii*.

Il concetto dei *bona*, il sistema generale dell'esecuzione avrebbero loro fornito l'addentellato ad una costruzione pratica e semplice.

8. Quanto all'argomentazione dialettica, pericolosissima in ogni ragionamento, perchè nella serie successiva delle deduzioni un solo errore può condurre a risultati inverosimili, essa è ancor più pericolosa nella storia primitiva, dove i punti di partenza sono fievoli e dubbî. La tesi del Lenel ha il seguente addentellato nelle XII Tavole. Il codice decemvirale, secondo una osservazione spesso fatta (anche da me), nomina il *suus heres*, ma in difetto di testamento e di *suus heres*, esso dice rispetto all'agnato e ai gentili:

familiam habeto o *habento*. Ora, inferisce il Lenel, *familiam habeto* o *habento* non significa se non la mera presa di possesso; la frase corrisponde al *sumito*, *sibi habeto*, *capito* del legato *per vindicationem*. Un valore materiale ha la stessa parola *adire*, la quale nel suo senso originario deve intendersi letteralmente come accedere ai fondi ereditari in modo analogo all'espressione greca ἐμβατεύειν εἰς τὴν οὐσίαν (1) e alla tedesca *zu dem Erbe gehen*. Un atto formale per l'acquisto dell'eredità non è mai esistito, ed è un'illusione il credere che quest'atto in antico fosse la *cretio* (pag. 123 e 124).

Ora abbandoniamo pure la congettura, del resto in sè assai plausibile, che la *cretio* rappresenti l'originaria forma di adizione. Ma è del tutto arbitrario il vedere nel *familiam habere* l'espressione di una materiale presa di possesso. *Familia* è probabilmente un concetto in antico piuttosto più largo che non più ristretto: ad ogni modo non ne sappiamo nulla. *Habere*, *possidere* indicano una signoria, non una materiale detenzione, e oggetto della signoria è il complesso termine *familia*. Perchè l'agnato e i gentili non siano chiamati *heredes* certo è cosa che rimane pur sempre oscura: ma è un problema mediocre, e certo poi non è da queste oscurità che si può desumere nulla per l'antico diritto. Mille congetture si possono fare, e più plausibile e fondata della congettura del Lenel mi sembra quella conforme al mio modo di vedere, che il concetto dell'*hereditas* conservasse ancora a tempo delle XII Tavole un qualche vestigio del suo carattere sovrano e ripugnasse chiamare *heredes* subbietti estranei alla famiglia, come gli agnati e i gentili, che subentrano precisamente in quanto non v'è più diretta

---

(1) Formula e istituto relativi, nel diritto greco, unicamente ai figli, cioè a coloro cui nel diritto romano non si applica l'*aditio*. Conveniamo bensì che l'atto in sostanza possa farsi corrispondere alla romana presa di possesso (cfr. Lipsius, *Das att. R. u. Rechtsverf.*, Leipzig 1912, II, pag. 577; il Beauchet, *Hist. du droit privé de la rép. athén.*, pag. 594, traduce col linguaggio della *saisine légale*), ma questa è appunto cosa diversa dall'*aditio*.

discendenza, ma che, appunto per essere la casa estinta, non succedono in poteri personali di niun genere. Ma io non credo sia utile o per lo meno non amo far congetture nel vuoto. Osservo soltanto che il motivo di questo linguaggio, più che un indizio circa la natura dell'antica successione, può forse offrire un indizio circa la posizione della legge di fronte al diritto anteriore. Come le istituzioni fondamentali del diritto pubblico inglese vigente all'epoca di Giovanni Senza Terra non sono punto riprodotte nella *Magna Charta*, così le istituzioni fondamentali del diritto romano sono appena ricordate incidentalmente o presupposte nelle XII Tavole, e questo deve ritenersi ed appare (« Si *intestato* moritur *cui suus heres* nec escit » è non il precetto, bensì la protasi di un precetto legislativo) circa il testamento e la successione o l'istituzione del *suus*. Le XII Tavole legiferano là dove si tratta di recare certezza o introdurre novità positive, e in ciò fare non meraviglia che esse rechino un linguaggio diverso. La successione dell'agnato e dei gentili probabilmente è stata ordinata o chiarita dalle XII Tavole: certo l'*agnatus proximus* definito e fissato con grado distinto nell'elenco dei chiamati ha tutto il sapore di una novità.

Quanto al significato materiale delle parole, osserviamo che il mondo primitivo ha i termini più materialistici per le idee più astratte; pensare e pesare sono la stessa parola. Il dizionario spirituale è tutta una serie di metafore, ma a nessuno verrà in mente di dedurne che l'operazione spirituale, che un dato termine esprime, sia stata necessariamente essa stessa alle origini una operazione materiale. Ma per quel che è in concreto della incriminata parola *adire*, essa non si può separare dalle parole *deferre*, *repudiare*, dalla stessa voce *successio*, parole tutte di un valore materialistico forse più trasparente che non *adire:* ora è certamente ben più grave e vasto che non il richiamo non interamente esatto del Lenel al diritto greco o al diritto tedesco, quello che invece si può fare per tutto il gruppo dei termini ereditari col diritto pubblico romano.

Una simile terminologia è straniera alla patrimonialità e agli acquisti, poichè la successione a titolo singolare è un'invenzione di Giustiniano, causa non ultima per cui la verità è rimasta lungo tempo nascosta; ma quei termini — *successio* e suoi derivati, *deferre*, *adire*, *repudiare* — si ritrovano precisamente tutti nel diritto pubblico; e come nella lingua latina, così anche nella lingua italiana volgare, che ha continuato la tradizione del linguaggio antico, ma non ha accolto la creazione bizantina della successione a titolo singolare, successione è soltanto l'acquisto ereditario e la successione sovrana. Il diritto giustinianeo impera nel nostro Paese da più di mille anni, e nondimeno le creazioni peregrine della tecnica bizantina sono ancora straniere al nostro popolo. Nessuno, altri che il giurista, intende mai che l'acquirente di un diritto singolo sia un successore, come nessuno chiama successore universale l'erede *pro parte* (1).

9. Un altro argomento della stessa natura addotto dal Lenel è l'enunciato celebre delle XII Tavole: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*, sul quale

(1) [Il significato materialistico e possessorio dall'*adire* è stato di recente sostenuto, in contrasto con le mie *Lezioni*, 1913-14, dal dr. E. Betti, *La vindicatio romana primitiva* in *Filangieri*, 1915, pag. 324 e 325, n. 1. La difesa del suo maestro, O. Lenel, è pietosa come tale, ma pietosa anche in un senso diverso come sostanza. Tutto si risolve in citazioni di autorità (Pernice, Partsch, Rabel, ecc.) e astrattezze pretenziose sul momento patrimoniale e sul momento personale, sulla benefica reazione contro teorie unilateralmente personalistiche, ecc.: discorsi a vanvera, che non celano, ma svelano l'ignoranza in cui versa l'autore circa le mie dottrine e circa gli istituti concreti. Il Betti è giovane e ha forza e passione scientifica: ma deve rifare la sua educazione, acquistare una visione più larga del diritto romano, una cognizione migliore dei metodi d'indagine, render sensato e piano il suo modo di concepire, italiano il suo linguaggio. Per la distinzione della presa di possesso dall'*aditio* e la confutazione delle storture dominanti in proposito, dietro le traccie degli autori tedeschi, v. il mio studio *I limiti originari dell'usucapione* nel volume delle *Onoranze al prof. V. Simoncelli*, Napoli 1915 (*Scritti giuridici*, vol. II)].

Pomponio, in un testo ben noto, fonda la *latissima potestas* conferita al testatore. Questo enunciato delle XII Tavole dagli scrittori ora è inteso come il fondamento dell'istituzione di erede, ora come la sanzione dei legati in vario senso. Il Lenel ne fa capitale naturalmente per la sua tesi che il testamento non contenesse se non legati.

Anch'io sono più proclive a ritenere che l'enunciato si riferisca ai legati, e ho già espresso la congettura che per la prima volta le XII Tavole riconoscessero il diritto del defunto di elargire legati nel testamento istesso, cioè per la prima volta le XII Tavole abbiano convertito le donazioni a causa di morte gravanti sul patrimonio del defunto in legati, cioè donazioni gravanti sull'erede. Il testamento in sè, nel suo vero contenuto, appartiene, ripeto, a quelle norme fondamentali e certe, che nelle XII Tavole sono presupposte o indirettamente accennate: *si intestato moritur* (1). Comunque sia, una legge di redazione incerta, che ci è riferita in varie forme, una legge di cui, fosse anche certa e concorde la redazione, è controverso il significato di ogni parola, *legare*, *pecunia*, *familia*, *res*, *tutela suae rei* (ingegnosa e forse indovinata è la congettura del Kniep, che legge *sui heredis* in luogo di *suae rei*, congettura che nella grafia antica della parola non esige il menomo mutamento del testo), non può dar luogo ad alcuna deduzione, e tanto meno vi può dar luogo quando un altro testo delle XII Tavole ricorda, sia pur incidentalmente, la terminologia del *testari*.

10. Secondo il Lenel, parla altresì in favore della tesi che fa del testamento comiziale un testamento di legati la formula gaiana di nuncupazione del *testamentum per aes*

(1) Il ragionamento che fa l'Arangio-Ruiz in questa parte, criticando pur egli il Lenel (vedi *Le genti e la città*, pag. 62 e 63), è perfettamente giusto e risponde, salvo qualche lieve oscillazione, a quanto io osservo nella mia *Storia del diritto romano*, cap. IX, valutando il carattere del Codice decemvirale.

et libram, la quale è modellata unicamente sui legati, e per l'appunto imita quasi il legato *per vindicationem:* « Haec ita ut in his tabulis cerisve scripta sunt ita do, ita lego, ita testor, itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote » (loc. cit., pag. 126). Perchè mai, una volta riconosciuto il testamento *per mancipationem*, non si è accolta in esso l'*heredis institutio* del testamento comiziale, se in questo vi era?

Argomentazione faticosa e piuttosto illusionistica, come ogni trama puramente dialettica. Anche all'Arangio-Ruiz (1) non sembra molto efficace l'osservazione del Lenel, anzi egli dichiara di non comprenderla. « Che cosa poteva mai passare — egli esclama — dalla formula di una *rogatio* legislativa (si consideri quella pervenutaci dell'*adrogatio*) alla formula di consegna di un documento scritto? ». E non mi par si potrebbe in modo più conciso e decisivo mettere a nudo l'inconsistenza di quell'argomentazione. Alla mia volta osservo: la *heredis institutio* è stata ben accolta nelle *tabulae*, che contengono il testamento, o nella *nuncupatio*, quando questa contiene il testamento e non si redigono *tabulae:* non è stata accolta nella *nuncupatio*, solo quando questa non è che la dichiarazione generale delle disposizioni contenute nelle *tabulae* e quivi redatte nella debita forma con a capo l'istituzione d'erede. Vi potrà essere anche in questa seconda *nuncupatio* (che è quella esposta da Gaio) qualche reminiscenza del passato, come l'invocazione ai *Quirites*, ma il tenore della dichiarazione doveva esser diverso, se non si voleva *palam heredem nuncupare*, bensì unicamente presentare il testamento. Che la dichiarazione sia concepita in un modo schiettamente patrimoniale lo si spiega pur sempre col significato ormai patrimoniale delle disposizioni, e, se si vuole, anche col riallacciarsi di questo testamento alla *mancipatio familiae* e ai legati di cui si incaricava il *familiae emptor* in forma

(1) *Le genti e la città*, pag. 63.

di *rogationes*: d'altra parte il termine *testor* della *nuncupatio* stessa allude probabilmente al carattere di *testamentum*, quindi al suo contenuto essenziale, l'istituzione d'erede.

11. Nel complesso gli argomenti del Lenel, enunciati e svolti nella prima parte dell'articolo, non sono che interpretazioni più che dubbie di formule, nel loro tenore dubbie anch'esse. Nella seconda e più larga parte l'articolo non è che una serie di poderosi sforzi dialettici per mettere d'accordo la costruzione storica con *alcuni* dei principî fondamentali della successione con cui va a dar di cozzo, per spiegare, insomma, isolatamente, la genesi di *alcuni* di questi principî, che costituiscono nel loro complesso integrale la base, non ancora da nessuno menomamente tocca, della mia costruzione. L'assumer questa critica, ed una critica più che congetturale, come argomentazione, appartiene a quella figura di sofisma o a quella forma di illusione cui soggiace anche il Lenel, per la quale si scambia come argomento la critica del documento avverso; come è ovvio che avvenga in un processo penale, dove, distrutta l'accusa, rimane l'innocenza, ma non è ragionevole in una discussione scientifica, dove la propria tesi non è l'innocenza.

Il principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, ecc., « il grande enimma del diritto successorio romano », come lo chiama ancora il Lenel, è, a suo avviso, la cosa più naturale del mondo per un testamento di legati. La spiegazione del Lenel è in sostanza quella del Jhering, che, a dire il vero, a me e, potrei dire, agli Italiani in generale, sembra la meno verosimile tra tutte. Secondo questa spiegazione « un testamento, per cui si incomodavano i Comizi, non doveva esser concepito quale un mezzo di lasciare un piccolo ricordo a questo o a quello, bensì come una distribuzione sistematica di tutto il patrimonio, una *divisio bonorum*, in cui, di regola, solo per negligenza poteva rimanere qualche elemento indiviso. Se il testatore nell'eseguire un cosiffatto piano di distribuzione aveva omesso

l'erede intestato, che, senza il testamento, avrebbe avuto tutto, o l'aveva contemplato con un qualche oggetto particolare, egli aveva dato a conoscere nel modo più chiaro che intendeva di escluderlo o in tutto e per tutto o nel residuo dell'eredità » (pag. 127, 128). Il Lenel soggiunge altresì (pag. 128, n. 2) come in ultima analisi anche nel diritto moderno, se vi ha un testamento parziale, si chiamano gli eredi intestati solo perchè ciò corrisponde alla volontà presunta del testatore, ma si fa astrazione dalla loro chiamata, allorchè questa presunzione non coglie nel segno, e reca esempi in proposito. Ma precisamente il Lenel non vuole avvertire che questo richiamo al regime delle presunzioni odierne fa contro la sua tesi, in quanto nel diritto romano il principio ha un valore assoluto, e non di presunzione: come parlare inoltre di *naturalis pugna* per una interpretazione di volontà? E lasciamo pur da parte le obbiezioni mosse già alla infelice teoria del Jhering.

12. Quanto alla responsabilità per i debiti essa sarebbe gravata sui beni ereditari (pag. 130), cioè ne sarebbero stati responsabili precisamente i legatari, ma limitatamente alle forze dell'eredità (pag. 132). Limitata pure doveva essere la responsabilità dell'usucapiente *pro herede* (pag. 133) (1).

Congetture arbitrarie e inverosimili. Se i Romani fossero giunti nell'antica età a concezioni così realistiche e pratiche, così patrimoniali e ultramoderne, non le avrebbero abbandonate per operare un rivolgimento come quello

(1) Tuttavia, secondo il Lenel (pag. 133, nota 3), la responsabilità di colui *qui usuceperit plurimum possidendo*, doveva essere ad ogni modo illimitata per i *sacra*. « Agli Dei doveva esser resa agevole la soddisfazione; essi pertanto possono rivolgersi contro quel solo per tutto il loro credito ».

Io non so vedere in questa restrizione incoerente, alla quale il Lenel è costretto dal testo noto di Cicerone cui fa richiamo, altra logica (specialmente nell'opinione dominante, cui aderisce il Lenel, per la quale i *sacra* sono debiti e quindi elementi del patrimonio) che la stretta della necessità.

rappresentato dalla responsabilità inerente alla persona e non all'eredità, cioè ai *bona* (il che corrisponde d'altra parte, non ci stanchiamo di ripeterlo, al concetto romano del patrimonio), dalla *successio ultra vires*, dalla confusione dei patrimoni! (1).

13. La tesi del Lenel si spunta poi precisamente contro l'ostacolo che costituisce il suo titolo e il suo punto di partenza. Il Lenel non riesce a spiegare come da questo stato di cose « siasi potuto sviluppare lo stato di diritto totalmente diverso che ci sta dinanzi agli occhi nel diritto classico », in breve, come mai sia « sôrta l'*institutio heredis* » (pag. 134). E si capisce; si tratta di un miracolo analogo

(1) Quanto alle difficoltà che il Lenel si affaccia in ordine all'*usucapio pro herede* anch'esse pur troppo nascono in lui, come nell'Hölder e nella maggior parte degli autori, dalla sconoscenza dello spirito delle istituzioni romane. La soluzione classica di problemi, più che analoghi, identici, nell'*institutio ex re certa*, ove precisamente la responsabilità per debiti non è in nessun rapporto cogli oggetti particolari assegnati (costituiscano essi un piccolo ricordo o una parte notevole del patrimonio) e dove l'assegnatario di cose certe, se è solo erede, è responsabile per intero, se invece concorre con l'erede istituito regolarmente (*ex certa parte* o *sine parte*) nel diritto classico acquista i crediti e risponde dei debiti o nel residuo o *in parti uguali* (di fronte all'*heres sine parte*), pur rimanendo sempre, quanto ai *corpora hereditaria* in base all'*officium iudicis* un puro assegnatario di cose certe (v. Mancaleoni, *Appunti sulla institutio ex re certa*, in *Studî Sassaresi*, II, 1902, e le mie *Istituzioni*, § 206, 5ª ediz., pag. 553-569), fornisce la schietta risposta romana a tutti gli incresciosi problemi. Dirà il Lenel che la soluzione di Aquilio Gallo e di Sabino non ci illumina per l'antico diritto? Non da lui certo, una volta messo sull'avvisato, io mi attendo una simile risposta. Si può discutere sulle ragioni e sulle origini dei principî classici, si può anche sostenere che essi sono il frutto di una evoluzione, ma non si può far a meno di assumere, almeno come punto di partenza, le forme romane di pensiero e di ragionamento; e di fronte al dubbio che ci agita sullo stato delle cose nell'antico diritto in ordine alla responsabilità pei debiti da parte di colui che ha usucapito *oggetti particolari*, è nostro dovere di richiederci se precisamente la soluzione dell'istituito in *oggetti particolari*, o solo o in concorso con eredi regolarmente istituiti, la quale si trasporta così spontaneamente all'*usucapio pro herede*, non ci dia per l'appunto la soluzione più conforme alla logica delle istituzioni romane.

a quello che compie l'archeologia tedesca (Nissen) nel far derivare la *domus* romana dall'organismo distinto e così diverso della capanna rotonda: concezione assurda, che nel nome della scienza tedesca contrasta pur sempre il campo alla dottrina italiana (Patroni), pur così razionale ed evidente, che separa la *domus* e la capanna. Nella scienza del linguaggio verrebbero sulla penna analogie ancor più drastiche. Noi siamo ridotti a ipotesi — confessa il Lenel — benchè pur chiami le sue ipotesi per spiegare il passaggio, o, meglio, il salto, molto verosimili. La serie delle ipotesi si riassume in quest'ordine di idee: il *familiae emptor* della *mancipatio familiae* sarebbe stato munito di una *legis actio* sul tipo della *hereditatis petitio* per difendere la sua posizione contro gli eredi *ab intestato* e inoltre reso responsabile, sempre limitatamente, dei debiti; appresso, i giureconsulti, mossi dagli inconvenienti molteplici di tali situazioni, sarebbero venuti nel pensiero di trasportare il concetto dell'*heres*, che finora era stato soltanto l'*heres ab intestato*, nel testamento e combinarlo coi legatari (pag. 134-137). Il Lenel chiama questa pretesa opera dei giureconsulti un pensiero ardito e in pari tempo un'innovazione *artificiosa*, delle cui basi incerte *si aveva coscienza* (pag. 137); e, poichè attribuisce la novità alla giurisprudenza repubblicana, ricorda l'ardimento di quei giureconsulti nella creazione delle forme dell'adozione, della emancipazione, dei limiti alla successione intestata delle donne, della facoltà delle donne di testare, della porzione legittima (?), ecc. (pag. 139). Ma queste precisamente erano novità concrete, pratiche e buone; ma che la stessa giurisprudenza, contro la sua mentalità e contro il suo spirito, si sia dedicata a compiere un'opera astrusa, artificiosa e in sostanza cattiva, poichè la responsabilità per debiti inerente alla massa ereditaria è un ordinamento migliore della *successio in ius*, questo io non lo crederò mai, senza argomenti.

Non basta. Imbarazzante è la figura dei legatari. Come si sono essi distinti dall'*hereditas*, o piuttosto perchè non

tutti i legatari (chè tutti i beneficati del testamento, secondo l'ipotesi del Lenel, erano tali) sono divenuti in massa eredi? E come mai i legatari di nuovo tipo sono stati in tutto e per tutto esonerati dai debiti, e realmente e personalmente? Il Lenel non si nasconde l'ostacolo, per lo meno in questa seconda forma, e osserva (pag. 137, nota 1): « La responsabilità limitata dei legatari certamente non è stata a un tratto abbandonata. Essa era, come è stato indicato, necessaria sino all'introduzione del *beneficium separationis*. Ma essa è divenuta sussidiaria, e quindi ridotta praticamente in seconda linea, così che la sua posteriore eliminazione, quando non se ne sentì più il bisogno, non parve una riforma radicale ». Veramente si richiede dal nostro spirito una soverchia abnegazione, quando ci s'impone di sorvolare avanti a ostacoli siffatti, e contentarsi della parola, sia pure di Ottone Lenel. Per autorevole poi che sia questa parola, io dirò che la responsabilità dei legatari pei debiti sino all'introduzione del *beneficium separationis*, è una tesi non dimostrata, nè dimostrabile. Essa appartiene al novero di quelle dannose infiltrazioni del pensiero moderno nelle istituzioni romane, che viziano tutto il ragionamento. Non affermare un fatto senza testo è un domma della critica moderna: perchè mai di fronte ai proprî preconcetti la critica abbandona i suoi metodi, inventando fatti e principî in contrasto aperto coi testi, perchè mai così incoscientemente, ma così tenacemente alla nozione e alla logica delle istituzioni romane, che veramente ci può illuminare, si sostituisce la più sbrigliata e incoerente fantasia?

14. Secondo il Lenel la data di questa novità si sottrae alla nostra conoscenza; ma egli ritiene col Lambert, e contro l'Appleton, che in Plauto non vi sia traccia d'istituzione d'erede. Io ritengo per vero che il tipico *heredem facere* di Plauto non possa alludere in ogni caso se non all'istituzione di erede e sia un ghiribizzo richiamar la frase alla successione intestata; ma consento pure, d'accordo in

fondo col Lenel, che poco si possa concludere da Plauto, in quanto egli dipende dai suoi modelli greci. Ma la verità si può desumere pur sempre dalle stesse fonti giuridiche. Plauto muore nel 180 a. C.; ma già tre anni prima, nel 183 a. C., la legge Furia ha cominciato quella reazione diretta a salvare l'eredità testamentaria dall'esaurimento del patrimonio mediante legati, che doveva proseguire a distanza di circa 20 anni dalla morte di Plauto con la legge Voconia (169 a. C.) e raggiungere la sua conclusione con la Falcidia. L'istituto dell'erede testamentario pertanto non solo era ai tempi di Plauto un istituto vigente, fiorente e distinto dal legato, ma si era già sentito il bisogno di difenderlo dall'invadenza del nuovo istituto, che minacciava di assorbirne per intero il valore patrimoniale, lasciandogli unicamente le reliquie, a nostro avviso, della funzione originaria più eminente.

15. Altri principî fondamentali della successione ereditaria il Lenel non si è accinto ad esaminare. Sovrattutto il concetto della *successio*, che in tutte le applicazioni classiche fuor dell'eredità implica l'acquisto della potestà e in conseguenza il subentrare in una posizione giuridica, salvo i rapporti incompatibili con la posizione stessa, non è posto dal Lenel a raffronto con la sua tesi, e molto meno è posta a raffronto con l'*hereditas* la *successio* del diritto pubblico. Come poi l'*heres scriptus*, insinuatosi così per forza in una forma oscura, ma pur sempre, secondo il Lenel, con piena coscienza dell'artificio, sia diventato pei Romani l'erede tipico, l'erede per eccellenza, nemmeno questo è spiegato dal Lenel. Al Lenel pare la cosa più naturale che il testamento comiziale fosse una disposizione di beni: ma non è molto più naturale che la convocazione di un'assemblea presieduta dal pontefice massimo (il che vuol dire nell'epoca più antica dal *rex sacrorum*, di cui il pontefice massimo è l'erede, e nell'epoca primitiva dal re), un'assemblea cui si ricorre per atti gravi dell'ordinamento familiare, come

l'*adrogatio*, come la *detestatio sacrorum*, implicasse pure nel testamento l'adesione o la testimonianza ad una grave mutazione di ordine familiare, non alla pura e semplice alienazione di beni? (1). *Adrogatio* e *testamentum*, sparizione di una famiglia e direzione di una famiglia: ecco come i due soli istituti del diritto romano, di cui una solennità siffatta ci porge testimonianza che essi esistevano all'epoca che vide il *rex sacrorum* a capo del culto, anzi il *rex* a capo dello Stato (2), si coordinano e si comprendono. Le pure donazioni a causa di morte, al che si riduce il contenuto dell'antico testamento nell'ipotesi difesa dal Lenel, nè nel diritto romano, nè nel diritto greco, nè, credo, in altri diritti esigono forme così solenni e distinte dalla donazione. A me parrebbe poi, che il fatto stesso che Gaio, Ulpiano, Cicerone, Festo, Gellio, Velleio Patercolo, Frontino, Servio, tutti quanti gli scrittori dell'antichità, giuristi e non giuristi, ci parlano di un *testamentum* che viene fatto avanti al popolo, di un *testamentum calatis comitiis*, di un *testamentum in procinctu*, dovrebbe far ritenere che l'atto di cui essi ragionano, l'atto di cui gli scrittori non giuristi citano esempî, contenesse un'istituzione d'erede, fosse insomma un testamento nel senso in cui essi, a differenza pur sempre di noi moderni, intendevano il testamento: che cosa mai si poteva dichiarare *in procinctu* se non il nome dell'*heres*? *Legatentestament* e *Vermächtnisstestament*, per chi facesse una buona volta lo sforzo di spogliarsi della mentalità odierna, dovrebbero apparire quello che sono: incoerenti combinazioni di parole, incomprensibili a un cervello

(1) Che il *testamentum calatis comitiis* fosse o non fosse una *lex* è questione oziosa, tanto più che noi non dobbiamo trasportare nell'epoca primitiva i nostri concetti della legge. Un vero potere legislativo i comizi antichissimi non sembrano possederlo; gli atti cui essi dànno adesione sono leggi formali e improprie.

(2) E ciò manifesta pure — sia detto *en passant* — quanto sia vano ricondurre a un'epoca tarda e derivare da una infiltrazione greca il solo istituto, accanto all'*adrogatio*, di cui si possa documentare l'origine regia!

romano, prette falsificazioni, come il caffè di cicoria; pei Romani, non cesso d'insistere, un testamento che non contenga affatto istituzione di erede non è *nullo*, è *nulla*. Ma di fronte alla generale disinvoltura con cui su questi dati di fatto, su tutto il linguaggio romano si sorvola, io resto attonito, ma non insisto più oltre sul punto.

16. Un pregio della sua dottrina sembra al Lenel il fatto che l'antico diritto romano venga così a uscire dalla sua posizione isolata, che (a suo avviso, secondo l'opinione dominante) esso verrebbe ad assumere di fronte a tutti gli altri diritti, collocati in un corrispondente grado di evoluzione. « Una successione universale, indipendente da qualsiasi parentela, naturale e artificiale, fu così ignota all'antico diritto romano, come all'antico diritto greco e tedesco » (pag. 141).

Veramente nelle sue varie forme l'opinione dominante (salvo la mia, ma il Lenel non vuole certamente alludere a essa, nè un tedesco la potrebbe chiamar dominante) nutre le stesse preoccupazioni del Lenel e tende pur sempre a questo, di far uscire il diritto romano dalla sua posizione isolata di fronte al diritto greco e al diritto germanico. Tuttavia io non so se ciò sia veramente un pregio. Giorno per giorno il diritto greco e i diritti orientali mostrano tali e tante analogie col diritto germanico, mostrano a ogni modo tale indipendenza di fronte al diritto romano nella proprietà e nelle obbligazioni (trasmissione convenzionale del dominio, titoli al portatore, servitù legali e acquedotti forzosi), nella famiglia (quasi-tutela maritale, comunione di beni), che se il quadro si completa con la successione è tutt'altro che una disarmonia. Giorno per giorno il diritto romano nella sua struttura classica compare sempre più come un fenomeno isolato, e se c'è qualche sistema giuridico che si possa comparare a esso, noi lo troviamo in popoli assai remoti dalla nostra civiltà, ed è certo stupefacente l'analogia che ci offre il diritto giapponese.

Il problema è di spiegare questa posizione isolata del diritto romano, non già di negarla.

D'altra parte è poi vero che si riesca nella successione, coi più grandiosi sforzi, a togliere il diritto romano da questa posizione di isolamento? Bene o male l'istituzione d'erede e la piena libertà di testare noi le troviamo riconosciute, accettando pure a chius'occhi la data del Lenel, negli ultimi secoli dalla repubblica, vale a dire in una fase di civiltà, che è pur sempre molto inferiore (prescindendo pur dal fatto che questa civiltà è in gran parte una frettolosa assimilazione) alla magnifica civiltà di Atene, degli Stati ellenistici, dei popoli dell'Europa moderna, che pure a quel tipo di istituzione, a quella libertà di testare non sono mai pervenuti. Si fa un immenso sforzo per turbare il corso della storia e l'essenza degli istituti senza raggiungere la meta, che, mossi da un preconcetto fallace, si vuol raggiungere, senz'altro risultato che quello di suscitare un altro problema, cui per vero non si pone la menoma attenzione: come mai tutta la involuzione post-classica, tutta la evoluzione bizantina ed europea abbiano lavorato secoli e secoli per distruggere l'opera della culta giurisprudenza romana e tornare allo stato dei decemviri!

17. Questa confutazione è finita. In essa noi ci siamo tenuti sul terreno scelto dai fautori delle singole teorie. Giova peraltro a questo punto rilevare un fenomeno grave d'ordine generale e di metodo: è questa una specie di licenza che io mi prendo fuor dello scopo critico propostomi. Nel corso del secolo XIX, anche nelle scienze dei fenomeni più spirituali e più affini al diritto, come la *glottologia*, l'*archeologia*, la *mitologia*, l'*economia*, si è affermato, e si propaga giorno per giorno dall'una all'altra, un metodo naturalistico, il quale permette di riandare il passato dei singoli fenomeni, di ricostruire le origini mediante l'esame della stessa struttura attuale, illuminata, ove occorra, dalla tendenza meglio documentata della evoluzione nelle fasi

prettamente storiche. Dalla struttura attuale della parola il glottologo risale alle forme e radici originarie e rifà la storia delle parole nel loro valore fino a restituire il significato originario, talora sorprendente, anche per le voci più comuni dell'uso: donna, che noi usiamo per domestica, significa la signora; signorina la vecchierella e così via. L'archeologia moderna desume che la costruzione originaria del tempio greco era in legno dalla struttura delle mètope, dei triglifi, delle gocciole, delle colonne, dell'architrave in generale, i quali elementi, se pure hanno acquistato una funzione ornamentale, talora squisitamente artistica (un poeta nostro ha celebrato il palpito della colonna), tuttavia si rivelano in massima parte illogici nell'architettura in pietra, e si spiegano soltanto con l'architettura lignea: in questa erano elementi costruttivi ed essenziali, nell'architettura in pietra divengono elementi decorativi e caduchi. E di fronte agli indizî della struttura, l'archeologo attribuisce ben poco valore all'indizio che si potrebbe desumere in proposito dall'attestazione di Pausania circa l'ultima colonna lignea che a suo tempo rimaneva del tempio di Era, perchè tutte le altre erano state sostituite. Solo il diritto, dove pure con la scuola storica il concetto di uno svolgimento organico come generica affermazione spunta in una delle prime fasi del rinnovamento scientifico, e certamente prima che in qualunque altra scienza dello spirito, solo il diritto rimane in dietro. Solo nel diritto noi siamo rimasti all'epoca varroniana della glottologia, quando si stimava che il significato delle parole fosse stato sempre perfettamente lo stesso, quando si stimava che il suono dolce di *mel* o il suono aspro di *crux* fossero in relazione col significato delle parole, e le analogie di significato erano il documento delle origini della parola; noi siamo rimasti all'epoca della vecchia archeologia nella fase in cui dalla osservazione superficiale degli oscuri e dubbî monumenti megalitici si confermava l'opinione che l'architettura originaria fosse, come la moderna, un'architettura in pietra;

solo nel diritto si chiama *antistorica* una tesi, perchè suppone che la funzione preistorica di un istituto fosse diversa da quella storica; solo nel diritto gli argomenti desunti dalla struttura si osa chiamarli *quisquilie formali!*

Noi abbiamo nella successione tutta una serie di elementi, tutti i principî fondamentali, i quali mostrano una perfetta corrispondenza coi principî che regolano la successione nella sovranità, e a ogni modo non si accordano con una mera trasmissione patrimoniale, e questi elementi o si tacciono o si dichiarano incomprensibili (*ein Rätsel*, un enimma, torna a dire lo stesso Lenel, del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, di cui tenta di rievocare una spiegazione così poco felice) o si voglion sopprimere, distruggendo preziosi indizî, come l'*institutio heredis*, nè si osserva che essi sono tutti coordinati e col progresso del momento patrimoniale tutti limitati nella loro efficienza, a grado a grado esauriti e finalmente aboliti; in breve l'analisi di questi elementi della struttura giuridica si abbandona totalmente, e si tessono lunghe dimostrazioni, ricamando eternamente su due poveri testi, come il *familiam habeto* e l'*uti legassit super pecunia*, il cui tenore è dubbio, come è incerto il significato e lo scopo di quelle disposizioni; e tutto ciò sempre sulla base di un incrollabile preconcetto, che la funzione dell'eredità sia stata in origine quella che essa è in epoca storica o per meglio dire quella che essa è schiettamente ai nostri giorni: trasmettere il patrimonio per atto di ultima volontà, come una donazione lo trasmette tra vivi.

Pure, se la struttura è il documento migliore per la storia di un fenomeno, la sua funzione è il documento più fallace. Nessun fenomeno, nemmen di quelli che sembrano rispondere alle finalità più essenziali, spuntò in origine con la funzione che esso rappresenta al giorno d'oggi. L'abito non nacque per lo scopo di ripararsi dalle influenze esterne, bensì per quello di adornarsi, la rappresentazione artistica non nacque dal bisogno di soddisfare il sentimento estetico,

bensì dal pregiudizio magico di appropriarsi le qualità dell'oggetto rappresentato, l'organizzazione postale non è destinata nei grandi Stati dell'antichità e del Medio Evo a una funzione commerciale, bensì a una funzione esclusivamente politica.

Il significato, la funzione attuale non significan nulla, perchè si può asserire in ultima analisi con piena verità che non vi è parola, non v'è forma spirituale, che in misura maggiore o minore non muti in brev'ora nell'uso: e ciascuna scienza si è veramente costituita, quando si è basata sull'analisi delle forme, non sul valore attuale di esse. Noi prescindiamo dalle analogie biologiche e dalle scienze più inerenti ai fenomeni della natura che a quelli dello spirito, perchè effettivamente quelle analogie hanno esercitato una dannosa influenza, e sono forse la cagione della diffidenza istintiva di fronte alla concezione naturalistica della storia del diritto.

Certamente non sempre argomenti organici (come del resto gli argomenti critici) sono univoci e decisivi. Ma quando, come nel caso presente, non *uno* o *pochi* o *molti*, ma *tutti* gli elementi fondamentali e arcaici della struttura sono pienamente adatti a una funzione diversa, il trapasso di una potestà, e invece disadatti alla funzione patrimoniale, anzi a questa funzione spesso ripugnanti, in quanto non attuano punto la volontà del trasmittente, come il principio *nemo pro parte testatus* e il diritto di accrescimento, o anche più che ripugnanti, in quanto possono giungere ad attuare uno stato di cose che è in diretta contraddizione con la volontà del defunto, come accade nelle relazioni tra l'eredità e il legato culminanti nel prelegato, allora ci sembra che questi argomenti siano veramente stringenti o che almeno dovrebbero esser presi in considerazione dagli studiosi, e al metodo naturalistico riconosciuta dignità pari a quella del metodo critico: prescindendo pure dalla circostanza che di questa funzione estrapatrimoniale non sono insignificanti i residui nello stesso diritto

storico (1), prescindendo dalle analogie con le altre *successiones* o coi diritti, che veramente si possono comparare per la struttura al diritto romano, prescindendo finalmente dal linguaggio, che è quello della sovranità, non quello dei trasferimenti patrimoniali.

Un celebrato storico, Edoardo Meyer, assevera essere un'illusione dei giuristi che l'evoluzione primitiva dello Stato e del diritto di Roma ci sia più nota che non l'evoluzione primitiva dello Stato e del diritto greco: che la verità è precisamente in senso contrario (2). Ciò è vero per la storia esteriore e contingente delle guerre, delle paci, delle alleanze, degli eroi, che non è scienza, ma rappresentazione empirica e artistica; non è vero per la storia dello Stato e del diritto. Questa, non altrimenti che la storia dei varî fenomeni di cui abbiamo tenuto discorso, noi non dobbiamo desumerla, almeno in linea principale, dalle dubbie e scarse notizie dell'epoca preistorica: e se a questo fossimo ridotti, certamente quanto dice il Meyer sarebbe esattissimo. Ma se ci è dato di trarre illazione dall'organismo delle istituzioni storiche, e intendo dall'organismo fondamentale, che, come il corpo e la radice delle parole, rappresenta l'ossatura arcaica, allora l'esistenza della regalità romana appar chiara

---

(1) Tracce di elementi sovrani connessi con l'*hereditas* nel diritto storico, ovvero oscillanti tra l'*hereditas* e la *familia*, in modo che il loro vincolo originario con l'*hereditas*, quando questa coincideva con la *familia*, si può facilmente ricostruire, sono abbastanza numerose nel diritto classico stesso: in tal numero, anzi, che questi attribuiti, messi insieme e ricomposti con quel carattere e quel vigore che essi avevano nell'età primitiva, ricostituiscono di per sè, come abbiamo innanzi dimostrato (v. sopra, pag. 473), la figura di una sovranità. La rappresentanza stessa di un Corpo politico, cioè, intendiamo, la vera rappresentanza non è che un attributo e quasi una faccia della sovranità. In base agli elementi stessi della funzione, ridotti quasi a un'ombra e un simbolo nel diritto classico, sarebbe dato pertanto arguire che l'erede primitivo fosse il *pater* della collettività costituita dalle singole famiglie, cioè probabilmente della *gens*.

(2) Meyer, *Plebs*, in *Conrad's Handwoerterbuch der Staatswissenschaft*, 2ª ediz., vol. VI, pag. 99, n. 1 (3ª ediz., vol. VI, pag. 1050, n. 2).

dai molti residui che essa ha lasciato nell'ordinamento repubblicano e dall'ordinamento fondamentale e vetusto della repubblica, l'esistenza del comune plebeo governato dai suoi edili e la sua distinzione dai clienti si può indurre dalla costituzione degli antichi municipi creati pur essi da un *foedus* e governati dagli edili, la costituzione originaria del senato dagli strati più profondi (a parte le vere e proprie sopravvivenze) del senato storico, la natura e la costituzione della famiglia primitiva dall'ordinamento della famiglia e della successione, sanato delle brecce e spogliato delle superstrutture storiche, e, se occorresse, l'esistenza della repubblica e la sua costituzione noi potremmo ricavarla dalla costituzione del principato, che nella sua impalcatura ricoperta o contraffatta dai rivestimenti ha un tipo più liberale e democratico delle odierne monarchie costituzionali e repubbliche d'Europa: in altri termini, a documento delle istituzioni primitive noi possiamo invocare tutto l'organismo del diritto romano quale si desume dall'ordinamento storico dei poteri pubblici, dal sistema di Gaio e dal sistema di Giustiniano, cioè un'imponente documentazione davanti alla quale ciò che sappiamo delle istituzioni greche è poco o nulla. È un peccato certamente che, avendo a disposizione un'evoluzione organica così longeva e così nota in epoca storica fin nelle sue più riposte forme, nello stesso diritto privato si voglia desumere le origini dei singoli istituti esclusivamente dalle dubbie e tormentate leggende dell'epoca preistorica.

XVI.

Istituzione nella universalità dei beni immobili o mobili

(Cod. civ. ital., art. 760) (1).

1. L'opinione che attribuisce la qualità di erede all'istituto nei beni immobili o mobili, o in altra analoga universalità di beni, è comune nella dottrina, costante nella giurisprudenza.

La ripudiano espressamente, ch'io sappia, solo il cons. Fr. Bianchi, *Corso di Codice civile*, vol. IX, n. 44, pag. 29, e l'avv. Losana, *Successioni testamentarie*, Roma 1884, art. 760, pag. 9. Non così recisamente vi si oppone l'Ascoli, il quale, mentre pure la combatte in un'ultima nota pubblicata nel *Foro Italiano* (1889, I, 635), dall'altra parte col dar peso alla parola erede e col far richiamo alla volontà del testatore, le porge mano a risorgere ed espressamente riammette nel nostro diritto la teoria dell'*institutus ex re certa*. La decisione presente della Corte di Venezia sarebbe dall'Ascoli approvata, perchè il testamento conteneva la parola *erede*.

Favorevoli sono tutti gli altri scrittori. Cito: Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. comm.*, vol. XI (*Successioni*, vol. VII), n. 3, pag. 2; Borsari, *Comm. Cod. civ.*, art. 827, § 1776, lettera *h*; Vitali, *Delle successioni*, vol. II, n. 1371, pag. 377.

Nella giurisprudenza poi tale opinione è diventata un vero *ius receptum*. Cfr. App. Casale, 1° febbraio 1868 (*Giur.*

---

(1) [È una nota alla sentenza della Corte d'Appello di Venezia, 19 giugno 1896, inserita in *Foro Ital.*, XXII, 1897, I, 528 e seguenti, con osservazioni e postilla finale.

La massima della sentenza nel *Foro Ital.*, l. c., per quel che ci riguarda, è la seguente: « La disposizione, con cui il testatore lascia a una o più persone *tutta la sua sostanza immobile e tutta la sua sostanza mobile*, è a titolo universale e attribuisce qualità di erede »].

Tor., 1868, 218); App. Torino, 17 febbraio 1880 (*Foro Ital.*, 1880, I, 670); App. Torino, 28 giugno 1880 (*Giur. Tor.*, 1880, 688); App. Trani, 2 aprile 1883 (*Id.*, *Rep.*, 1883, voce *Legato*, n. 64); App. Catania, 20 dicembre 1886 (*Legge*, 1887, II, 203); Trib. Roma, 28 maggio 1888 (*Foro Ital.*, *Rep.*, 1889, voce *Successione*, n. 46); Cass. Palermo, 10 novembre 1888 (*Id.*, 1889, I, 364, con nota di A. Ascoli); App. Palermo, 26 giugno 1891 (*Circ. Giur.*, 1891, II, 286); App. Venezia, 19 giugno 1896 (*Foro Ital.*, 1897, 22, pag. 528). E ometto le sentenze che in un modo o nell'altro risuscitano in tutta l'estensione l'*institutus ex re certa.*

Ho trovato in senso contrario una sola sentenza (Appello Torino, 8 giugno 1890 (*Giur. Tor.*, 1890, 650: è quella che anche la Corte veneta ricorda); estesa da quella mente acutissima e lucidissima che era il Secco-Suardi, rapito di recente alla magistratura italiana; ma la massima era espressa fuori i limiti della controversia decisa.

Credo pienamente errata la dottrina prevalente. Nondimeno un'opinione con tanta concordia, con tanta tenacia sostenuta e mantenuta, merita, quanto è più errata, che se ne considerino gli argomenti e anco se ne ricerchi in questi argomenti o fuori di essi, in sentimenti, tradizioni, tendenze, la radice e la giustificazione ideologica, se non logica.

Ma giova innanzi tutto stabilire nel modo più saldo la corretta opinione, pigliando le mosse, per l'interpretazione dell'art. 760 Cod. civ., dallo spirito e dall'ordinamento generale delle successioni nel diritto civile italiano.

2. L'istituzione d'erede ha nel diritto civile un significato affatto diverso da quello che essa aveva nel diritto romano. In questo la qualità di erede stava a rappresentare un *titolo personale*, da cui facevasi dipendere la validità del testamento, se il titolo veniva conferito per testamento, e da cui derivavano l'acquisto del patrimonio, il succedere nei debiti e nella buona o mala fede, l'esclusione dei successibili *ab intestato*, anche se il patrimonio era assegnato solo in parte

ai chiamati col titolo di erede, l'accrescersi delle quote caduche ai coeredi, anche fatta distribuzione di parti, anzi anche contro la volontà espressa dal testatore, la revoca assoluta per effetto di un testamento posteriore, anche essendo le disposizioni patrimoniali perfettamente compatibili, la prevalenza della parola erede sulla *res certa* assegnata, la nullità parziale del prelegato, e simili. Ma, insisto su ciò, come ciascuno dei caratteri enunciati così lo stesso acquisto del patrimonio è conseguenza *indiretta*, *mediata;* su questo punto io non debbo avere contraddittorî da chi intenda meditare e ragionare, da chi si faccia a raggruppare a lume di logica i principî fondamentali dell'eredità romana: per quanto sia difficile ad alcuni di seguirmi nel risalire da questa singolare costruzione giuridica a una primitiva funzione di trapasso della sovranità (V. Bonfante, *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1891 e 1895 [v. *Scritti giuridici*, I, pag. 101 e seguenti; 152 e segg.]; *Ist. di dir. rom.*, § 186 e seguenti).

Invece nel diritto odierno l'istituzione d'erede non è più titolo indipendente, ma una *chiamata nel patrimonio del defunto*, con questo di particolare, che in tale chiamata il patrimonio ricomprende anche i debiti, sia pur che oltrepassino l'attivo ereditario: insomma i beni sono intesi in materia ereditaria come in materia ereditaria li intendevano i Romani: un complesso di attività e di passività (L. 2, pr., D. *de b. p.*, 37, 1; L. 208, D. *de r. i.*, 50, 17) (1). L'eredità è un acquisto patrimoniale *diretto* con una caratteristica positiva, sopravvissuta come principio singolare.

Gli altri principî ricordati sopra non sopravvivono: perchè sanzioni positive, speciali per ciascuno non ve n'hanno, e con la natura direttamente patrimoniale della successione ereditaria essi sono incompatibili, come sarebbe senza positiva sanzione incompatibile la successione illimitata nei

---

(1) [Questo significato è giustinianeo: i due testi sono interpolati. Vedi la *Successio in universum ius*, in *Scritti giuridici*, I, pag. 259 e seguenti].

debiti e anche nella buona o mala fede, che il diritto civile italiano ha pure mantenuto.

Dato questo valore essenzialmente diverso dell'istituzione d'erede, è manifesto che la solenne chiamata *heres esto* o simili non s'imponeva necessariamente nel nostro sistema successorio. Il problema legislativo è invertito; non si domanda più chi è l'erede e *in conseguenza* il chiamato a succedere, bensì: a quale tra i chiamati dal defunto nel patrimonio giova attribuire l'onere dei debiti col nome di erede? La soluzione era più libera ed erano aperte tutte le vie.

Si poteva anzitutto mantenere a tal uopo la necessità dell'istituzione con la parola erede, non intendendo però altro se non che il chiamato con questo appellativo dovesse rispondere personalmente dei debiti, subentrare nella posizione stessa del defunto, relativamente al patrimonio.

Tale è il senso che erroneamente si suole attribuire alla istituzione di erede nel diritto romano, rinunciando a spiegare tutti i principî generali dell'eredità romana, che si pongono allora dinanzi come tanti enigmi, se ne dissimuli poi o se ne cerchi (il che avviene solamente circa i più peregrini, come la massima: *Nemo pro parte testatus*, ecc.) la ragione e l'origine; e quel ch'è forse più strano, presentando un concetto dell'eredità, sotto al quale quei principî non si subordinano affatto. Ma la parola *erede* parve al nostro legislatore un formalismo da ripudiare; quanto la legge ripugni all'attribuire peso alle parole erede o legatario lo dimostra a evidenza l'art. 827 Codice civile. Non a torto, perchè nel pensiero, nel linguaggio comune non solo il significato personale del *nomen heredis* è dileguato completamente (questo non lo intendono nemmeno i romanisti), ma non si sente dal popolo la differenza patrimoniale perdurante nel nostro diritto tra erede e legatario. Piuttosto una coscienza, formata di tradizioni e di consuetudini aliene dal diritto romano, trae le persone ignare del diritto a usare la parola in un senso, che non è romano, cioè figliuolo,

erede del sangue; e molti testamenti odierni vengono rettamente interpretati a questa stregua.

Altro partito radicale era di rimettere tutto alla volontà del testatore. Chi egli vuole sia responsabile per i debiti, in qualunque modo il testatore manifesti la sua volontà: e qualora non la dia in veruna guisa a divedere, avverrà quel che avviene ora quando il defunto non abbia disposto che legati. Tale partito avrebbe offerto modo di scorgere quanto sia poco vitale nella società moderna l'istituto della *successio in ius* o *in universum ius*, come si suol dire.

3. La legge ha preferito un'altra via, che, in realtà, non ostante l'apparenza, è ben simile alla prima, non all'ultima indicata. Il criterio è dato dalla legge stessa: non è la chiamata nel patrimonio con la denominazione erede, ma l'*assegnazione del patrimonio nell'universalità o in una quota*.

Così l'art. 760 Cod. civile. Questo criterio venne suggerito da un mero equivoco, nel quale era facile incorrere da chi aveva l'occhio più al diritto comune che al diritto romano puro, e pel quale si poteva aver l'illusione di mantenere la parte sostanziale dell'eredità romana e la ragione del succedere nei debiti, abolendo la *formalità* (tale è il pensiero comune) dell'istituzione di erede. L'equivoco è il seguente: che i debiti, gli oneri della successione fossero inevitabilmente congiunti alla cosiddetta successione universale, che, insomma, la vera causa dell'assumere questi pesi fosse la chiamata ad acquistare il patrimonio nell'universalità o in una quota. Tanto è vero che la questione « se il donatario di un patrimonio *debba rispondere dei debiti* » la si suol porre dai moderni così: « se il donatario di un patrimonio *sia un successore universale* ». Ora il concetto è romanamente falso, nè alcun giureconsulto romano avrebbe mai pensato di porre in simili termini tale questione.

Sta in fatto bensì che l'erede romano subentra nell'universalità o in una quota perchè, essendo chiamato astrattamente ad acquistare il patrimonio in forza di un titolo per-

sonale, egli non può che acquistare il patrimonio nella sua indistinta universalità, ovvero, se riceva con altri quel titolo, in una quota, in una frazione astratta, insomma, dell'universalità. Ma nè le successioni universali, le cosiddette *adquisitiones per universitatem*, delle quali il diritto romano storico annoverava più d'una, recavano con sè necessariamente il succedere nei debiti, nè l'esser chiamato dal testatore nell'universalità o in una quota senza il titolo di erede induceva questo a subentrare nella posizione giuridica del defunto: il chiamato era legatario, non erede. A contraddistinguere questi effetti caratteristici della successione ereditaria in antitesi alla successione particolare, *in singulas res*, i giuristi romani usano l'espressione *successio in ius*, o dicono che l'erede è un *iuris successor* (Cfr. L. 9, § 1, D. *de ed.*, 2, 13; L. 37, D. *de a. vel om. her.*, 29, 2; L. 3, pr., D. *de b. p.*, 37, 1; L. 4, § 15, D. *de us.*, 41, 3; L. 11, pr., D. *de div. temp. pr.*, 44, 3; L. 208, D. *de v. s.*, 50, 16; L. 59, D. *de r. i.*, 50, 17; L. 62, D. *eod.*; nella L. 13, D. *com. praed.*, 8, 4, pare che l'espressione in *ius succedentes* alluda anche alle successioni a titolo singolare, ma il testo si ritiene interpolato (1); cfr. Perozzi, nella *Riv. ital. per le sc. giur.*, V, 23, 180: *Modi pretorî d'acquisto delle servitù*). *Ius* in questa come in altre espressioni significa « stato o posizione giuridica » e la frase è quindi equivalente alla nostra « subentrare nella posizione giuridica del defunto ». Si avverta il fatto che i Romani non adoperano mai la parola *ius* per indicare il diritto in cui si succede, ma *res*, intendendo forse anche oggetti del diritto; onde *successio in ius* non si può volgere col nostro concetto « successione nei diritti o successione giuridica ». Il non

(1) [Probabilmente il testo non è interpolato, ma si riferisce alle successioni *a titolo singolare* soltanto nel diritto giustinianeo, che ha creato questa categoria giuridica. *Successio* e *successio in ius* sono espressioni equivalenti e relative nel diritto classico soltanto alle successioni universali. V. gli scritti precedenti e specialmente *La successio in universum ius e l'universitas*. — Sulla ragione perchè le successioni universali *inter vivos* escludono *totalmente* i debiti v. *sopra*, pag. 209-211].

aver inteso questo senso della frase ha indotto gli scrittori a dar rilievo all'*universum*, che per avventura in un solo testo tra molti si trova enunciato (L. 62, D. *de r. i.*, 50, 17: il confronto con i due testi analoghi, la L. 37, D. *de a. vel om. her.*, 29, 2, e la L. 11, pr., *de div. temp. praescr.*, 44, 3, rende inoltre manifesto che la *successio in universum ius* di Giuliano non è che una frase intensiva, nè aggiunge sostanzialmente nulla alla *successio in ius* di Africano, Pomponio, Papiniano, Paolo, Ulpiano, perchè l'*universum* è un epiteto di *ius* e mira sempre al subentrare negli oneri e nei vizi subbiettivi più che all'estensione e alla forma dell'acquisto) e a intendere la formola *successio in universum ius* come esprimente l'acquisto universale, *universum ius* come sinonimo di *universa bona* (1).

Riassumendo, la successione ereditaria *romana* è anche negli oneri, perchè è *in ius defuncti*, perchè è *hereditas*, non perchè è universale, *per universitatem*. L'equivoco teorico del nostro legislatore è, nondimeno, scusabile; ben più scusabile di quegli scrittori che con lo stesso principio dell'universalità vollero spiegare, ad esempio, la regola: *Nemo pro parte*, ecc.; il che farebbe che si dovesse intenderla e ammetterla anche nel diritto moderno, quando non siavi un'espressa deroga positiva.

Dall'altra parte diciamolo subito: benchè l'origine storica di questa determinazione dell'erede e del legatario quale è sancita dall'art. 760 Cod. civile, sia piuttosto irregolare, il criterio discretivo, volendo mantenere la successione personale e illimitata ne' debiti, è in sostanza buono. La divisione dei debiti in guisa corrispondente alle quote è una illazione di logica intuitiva e di schietta equità: si può inoltre agevolmente ritenere conforme alla volontà del defunto, e infine

(1) [*Universum* è interpolato dai compilatori, che hanno veramente inteso di modificare il concetto classico. Vedi sopra, *La successio in universum ius e l'universitas*, pag. 250 e segg., e *La formazione scolastica del concetto dell'universitas*, pag. 308 e seguenti].

non offre praticamente veruna difficoltà. Invece la divisione dei debiti tra istituiti per cose singole è tutt'altro affare: si debbono dividere a parti eguali o fatta ragione del valore dei beni? L'interpretazione della legge sarebbe forse certa, ma incerta assai la presumibile volontà del defunto, e se la prima soluzione dà un risultato iniquo (1), la seconda, che pare più conforme al pensiero legislativo (cfr. art. 1027, 1029, 868, 1524 Cod. civile), non è davvero la più pratica possibile. È evidente che il nostro legislatore, senza troppo rendersene chiara ragione, suppose cosiffatti calcoli di giustizia e opportunità in favore delle quote vere nella sapienza legislativa romana.

4. Una cosa è dunque certa: il nostro legislatore non solo ha determinato legalmente il modo con cui chiamare il successore in qualità di erede, ma questo modo ha inteso precisamente che fosse quello con cui *di fatto l'erede romano veniva ad acquistare il patrimonio del defunto;* supponendo, per difetto di cognizioni storiche e di astrazione dommatica, che la qualità di erede fosse in ultima analisi una conseguenza dell'essere chiamato ad acquistare in quel modo il patrimonio, non già com'è il vero in diritto romano, che acquistare in quel modo il patrimonio fosse invece una conseguenza del ricevere e assumere il nome e la qualità di erede.

Ora non v'ha dubbio che l'erede romano non può altrimenti acquistare il patrimonio se non nell'universalità o in una frazione astratta dell'universalità, la metà, un terzo, ecc. Ciò vale per l'erede, ciò vale per ogni altro successore universale; ciò vale tanto se il defunto non abbia fatto distribuzione di parti, quanto se l'abbia fatta, persino se l'abbia fatta, assegnando parti concrete del patrimonio (*institutus ex re certa*), e siano pur esse universalità di beni, in guisa da costituire parti organiche del patrimonio, beni immo-

(1) [È peraltro la soluzione *classica* della romana *institutio ex re certa*, data la prevalenza del titolo di erede: v. le mie *Istituzioni*, § 206].

bili di città o di campagna, situati in Italia o in provincia, e quasi patrimoni distinti, come beni d'Italia e beni di Pannonia: *il patrimonio si divide sempre in quote, detracta rei certae mentione.*

Tanto dovrebbe bastare a togliere di mezzo l'opinione che l'assegnare i beni immobili o mobili nella loro universalità significhi pel nostro legislatore successione a titolo universale, e quindi, come egli ordina, attribuzione della qualità di erede. Per questo lato al diritto romano si può benissimo, si deve anzi far ricorso: e non dieci o venti testi, ma tutto il diritto ereditario, tutto il sistema delle *adquisitiones per universitatem* schiaccia una simile conclusione.

5. Dal punto di vista logico (lasciamo stare per ora le tendenze che possono aver favorito il diffondersi e l'imporsi di tale errore) il concetto dominante è tanto più strano in quanto il rilievo che la nostra dottrina [e già la dottrina elleno-romana e giustinianea] ha dato all'*universum*, abbandonando la formula romana più comune *successio* o *successio in ius*, e intendendo la *successio in universum ius* come *successio in universa iura*, *in universa bona*, metteva precisamente nella luce più viva questo aspetto della successione ereditaria: che l'erede subentra in tutti i diritti della successione, anche in quelli altrimenti intrasmissibili: che anche l'erede *pro parte* ha in ogni diritto, in ogni rapporto giuridico la sua parte, e perciò appunto è anch'esso un successore universale.

Un'altra considerazione, che si ricollega pure a ciò che è stato discorso circa la base storica e dottrinale dell'articolo 760, giova a mettere a nudo il pensiero e il movente del legislatore. Dal suo modo di concepire la successione universale è chiaro che l'universalità dei beni è intesa in un senso tanto generale da ricomprendervi i debiti e gli oneri come un elemento integrante, costitutivo, non già come un peso, un accessorio: il patrimonio nella sua universalità è pel nostro legislatore un insieme inscindibile di attività e

di passività. « Lascio i miei beni a Tizio, lascio a Tizio il terzo, il quarto dei miei beni », significa, per volere del legislatore, che gli lascio anche i debiti, il terzo, il quarto dei debiti, e poco importa se superino l'attivo: i dubbî degli scrittori in proposito sono di nuovo una violazione del volere legislativo per ricercare il presumibile volere delle persone. Lasciamo stare se questo concetto del patrimonio sia teoricamente esatto: certo fuori dell'eredità non si applica e non può servire come criterio d'interpretazione della volontà delle parti, nè un cervello incorrotto dalle nostre fisime dottrinali penserà mai che i debiti siano anch'essi *beni*, *sostanze*, *facoltà*, se non pel creditore, nè dirà che « il tale ha un patrimonio di soli debiti », bensì dirà, se non vuol celiare, che « non ha patrimonio affatto, ma invece debiti ». E certo è pure che i *bona* non sono intesi dai Romani in quel senso. « Bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno » è la massima costante, salvo nell'eredità (*hic! in hoc loco!* L. 3, D. *de b. p.*, 37, 1; L. 208, D. *de v. s.*, 50, 16) (1). Ma importa rilevare che tale è il pensiero del legislatore sempre in materia ereditaria: tanto che non fa motto della successione nei debiti, ma solo dà norme per la divisione di essi tra più eredi (art. 1027 e segg.). Ora attribuire alla chiamata in un insieme di cose il senso che vi si debbano aggiungere i debiti (che ciò significa attribuirle il valore di vocazione ereditaria) è tradire assolutamente il concetto legislativo: non ripetiamo che questo insieme non rappresenta tutti i beni, ma non rappresenta sovrattutto un complesso organico *di attività e di passività*, che si trasmettano *inscindibilmente collegate* nel chiamato. In siffatta disposizione i debiti *si debbono calcolare indipendentemente e aggiungere come un accessorio; del lascito essi non fanno parte.*

6. Ma noi possiamo anche discendere ad argomenti più prossimi e letterali. Nella lingua latina, che difetta di parole

(1) [Nel diritto classico nemmeno nell'eredità. Vedi *Scritti* citati].

astratte con senso proprio e definito, ond'è costretta il più delle volte a usare traslati di idee concrete, *pars* è termine veramente equivoco e può indicare tanto una frazione ideale, astratta, quanto una frazione materiale, concreta; a schivare l'equivoco nei casi in cui potrebbe occorrere, i giuristi sono indotti a soggiungere che le parti si debbono intendere *intellectu* o *iuris intellectu*, che sono *partes pro indiviso*. Ma nella lingua nostra significhiamo lo stesso concetto con una parola di senso preciso e non equivoco. L'espressione « parte intellettuale » è un latinismo inutile: tanto nella comproprietà, quanto in rapporti analoghi « quota » è il vocabolo proprio, a indicare la misura dei diritti di ciascuno. *Quota*, *quotare*, *quoziente*, sono termini matematici, significano una quantità astratta e un determinato rapporto col tutto, esprimono il risultato di una divisione fatta o da farsi, poco importa, non di una qualunque separazione dal tutto.

Ora, chi assegna il complesso dei beni mobili o immobili, assegna oggetti concreti, non pone alcun rapporto aritmetico con la totalità. Chi riceve non ha bisogno di operare una divisione, anzi nol può nemmeno, perchè gli manca il divisore: ciò che egli riceve è bensì una *parte*, ma non è una *quota*.

Si vuole un argomento palpabile di questo valore dei termini nel linguaggio dello stesso legislatore? Sebbene la parola *parte* pel suo generico significato possa rappresentare la *quota*, il nostro Codice nondimeno per istinto naturale di precisione serba costantemente la parola *quota* tanto nell'eredità quanto nella proprietà (lib. II, tit. IV); ma d'altro canto, venendosi a una divisione, le *quote* si materializzano e diventano semplicemente *parti* (cfr. art. 987: « la sua *parte* dei beni mobili e immobili dell'eredità »; art. 994: « Nella formazione e composizione delle *parti* si deve..... fare in modo che entri in ciascuna *quota* la medesima quantità di mobili », ecc.).

7. Dal punto di vista pratico poi i vantaggi che il legislatore aveva di mira con l'ordinamento disposto sfumano tutti,

ammessa tale estensione che corrompe il concetto di quota: e il terreno di dubbî e d'imbarazzi in cui ci si viene a trovare nell'attribuzione dei debiti, di fronte alla netta situazione che scaturisce dall'ordinamento legislativo, mostra che tale opinione trascende i confini dal concetto legislativo segnati.

Più dappresso incalziamo questa dottrina, e l'errore che le dà vita, diventa via via più manifesto: poichè, come suole, le immagini dell'errore non offrono contorni netti e costanti, ma si perdono in un fondo d'incerta penombra, in cui conviene inseguirle per avvertir l'illusione. Con perfetta chiarezza traspare che vi sarebbe nella giurisprudenza una gran voglia di fermarsi, in cosiffatta estensione dell'eredità, alle universalità dei beni mobili o immobili: ma deve anche parer chiaro egualmente che, una volta messi per la lubrica via, qui non si può restare; onde la dottrina, alla quale una certa coerenza s'impone, è tratta nel modo più fuggevole e vago a soggiungere « tutto un genere di cose, una categoria di beni ». Ora volendo dar la formula netta e giusta, noi non possiamo che assumere un concetto e un termine molto pericoloso: la universalità di cose, cioè la cosiddetta *universitas facti*, *rerum*, *hominis*, e conchiudere che adunque « è istituzione in una quota qualunque assegnazione di una universalità di cose ». Il mio gregge di pecore o la mia mandra di cavalli, le mie vesti o le mie gioie, le mie masserizie, o i miei libri, i miei utensili o le mie merci, i miei quadri, le mie statue, le mie macchine, i miei strumenti agricoli... e via via: tutte queste assegnazioni escludono il legato e attribuiscono la qualità di erede.

Lasciamo stare il punto a cui si naviga, proseguendo la rotta segnata da questa ineluttabil logica: dato lo sfratto al legato di universalità, si terminerà col restringere il legato in generale a un oggetto unico, con nome, cognome e connotati, quando pure non sopravvenga la teoria sorella dell'*heres ex re certa* a sottrargli in larga parte anche questo estremo dominio. E lasciamo stare anche il concetto matematico di quota, che in simili applicazioni diventa sempre

più una bizzarria. Ciò che vogliamo rilevare è che tali universalità di cose hanno una diversissima natura dall'eredità, totale o parziale, una natura, se vuolsi, antitetica. Qua un insieme di diritti, di rapporti giuridici, di *res incorporales*, direbbero i Romani; là, nelle *universitates rerum*, un insieme di oggetti di diritto, di *res corporales:* nella universalità ereditaria una unità, sia pure, ma ideale, astratta, creata dal nostro pensiero meramente per la relazione con un subbietto, che incentra tali diritti o vi succede; nelle universalità di cose un'unità materiale, concreta, un vero *corpus* (poco importa se quanto agli elementi suoi *ex distantibus*, non *cohaerentibus*) stabilito dalla destinazione economica, e quindi esistente per sè: quanto al venir assunte e riconosciute dal diritto come tali in uno o in altro rapporto, è altra questione. E, *fuori della presente dottrina*, tali universalità sono state sempre nettamente distinte dalla universalità ereditaria. È noto che questa, comprenda essa la totalità dei beni o una quota, si suol contrapporre alle *universitates facti* o *rerum*, col titolo di *universitas iuris* o *iurium*.

Aggiungi finalmente che, se vi ha categoria cui persino quel carattere unitario della *universitas facti*, che riesce vagamente a dissimulare la sua natura concreta, si possa rifiutare, è per l'appunto la categoria dei beni immobili o quella dei mobili nella loro vasta generalità. Esistono bensì nel pensiero e nel commercio universalità singole di mobili, dove una comune funzione economico-sociale aggruppa le cose, e secondo autorevoli scrittori (V. Fadda e Bensa, *Traduzione delle Pandette del Windscheid*, vol. I, n. 6, pag. 434), il diritto romano e il nostro abbastanza largamente le considerano; ma nè l'economia sociale nè il diritto raggruppano i beni immobili o mobili nel loro complesso in concetti unitari, nè v'ha punto *universitates rerum* costituite di cose immobili. Nessun vincolo ideale adunque può togliere allo sguardo le cose singole e velare la natura loro di oggetti concreti.

8. E ora esaminiamo le vie per cui tale opinione s'infiltra, gli argomenti suoi. Alcuni di tali argomenti non sono che postulati fallaci nel definire il concetto di quota, in cui si ammette come naturale e intuitivo precisamente quello che è il contrario della verità, o fallacie logiche nel riassumer sotto di essa l'universalità di beni mobili o immobili. « Non è già che per *quota* (secondo il significato di nostra lingua, dice espressamente la sentenza della Corte catanese, 20 dicembre 1886) debba intendersi la parte di tutti gli elementi che devono costituire l'intero ».

Ma precisamente invece! Se il tutto è un tutto eterogeneo, la mia quota deve riflettere cotesta eterogeneità: sarà costituita da elementi varî anch'essa, come il quoziente nella divisione dei *numeri complessi.*

« Sarà istituzione in una quota di beni (dice il Vitali, *Delle Successioni*, n. 1371, pag. 377) quella che il testatore faccia di tutto un genere di beni, ad es. di tutti i beni immobili o di tutti i beni mobili: perchè, sebbene la disposizione non contenga che una categoria di beni, è pur sempre una parte dell'*universum ius*, *il quale non si materializza in cose concrete.* Essa, se ha per oggetto una quota dei beni ereditari, se è determinata quanto al genere dei beni, *non è tuttavia determinata quanto al contenuto* ».

Ora come, rispondiamo, non si materializza in cose concrete una simile disposizione? Beni mobili o immobili sono cose concrete o frazioni astratte? Non so poi davvero cosa voglia dire di ragionevole la frase che il complesso dei beni mobili o immobili « è indeterminato quanto al contenuto ». O forse al Vitali balenava alla mente la mancanza di designazione espressa delle cose singole in questo complesso contenute. Ma non è tale difetto di designazione delle cose a una a una, l'indeterminatezza che costituisce la quota: essa è data dall'astrattezza, dal puro valore matematico del concetto di quota.

In più vaga e larvata sembianza abbiamo lo stesso erroneo pensiero nella motivazione della sentenza presente: « Non

è nè la qualità nè la quantità dell'oggetto, che contrassegna l'istituzione a titolo universale, ma è invece l'*indeterminatezza dell'oggetto*, ossia la *qualità astratta in relazione al tutto;* e questa può consistere tanto in una parte dell'universalità quanto nell'*universalità di una specie*, cioè nell'assegnazione di una massa di beni dell'*universum ius* del testatore ». Ma i beni mobili o immobili spettanti a una persona a un momento dato, al momento della sua morte, non sono oggetti definiti, determinati? E, dato pure che si abbia un oggetto distinto dalle sue parti, che cosa ha di astratto, salvo l'essere le parti staccate? A questa stregua il libro che ho sul tavolino è un oggetto astratto, perchè costituito di fascicoli separati, l'orto del mio vicino un altro oggetto astratto, perchè rappresenta un complesso di piante, e così via. L'idea, si sa, è sempre un'astrazione; ma non vieta che l'oggetto rappresentato possa essere materiale e palpabile. E mi sa dire la Corte quale è la relazione che essa scorge col tutto, salvo che questi oggetti ne facevano parte e ne sono stati separati, come qualunque oggetto singolo poteva esserne separato? Anche i miei nervi o i miei visceri nel loro complesso sono una parte di me stesso, ma non una quota.

Gli scrittori e le Corti insistono poi sul fatto che il patrimonio è costituito di due categorie di beni: « degli immobili e dei mobili, che fanno la totalità o universalità di quelli »; laonde « è evidente che, disponendo di una categoria, si dispone di una quota di detta universalità o patrimonio ». Qualche sentenza fa espresso richiamo all'art. 406 Codice civ. Ma siamo sempre lì: sono parti coteste, sia pure che esauriscano l'intero patrimonio, non sono quote; parti materiali, in altri termini, non intellettuali; *pro diviso, non pro indiviso;* non esprimono una relazione col tutto basata su di un rapporto matematico. Istituzioni di simil fatta erano sempre, come si è visto, presso i Romani istituzioni di erede *ex re certa;* il che non sarebbe stato se fosse stato possibile scorgere in esse delle

quote, perchè allora con la parola erede, ritrovandosi anche la quota, l'istituzione era perfettamente regolare.

« La legge, si trova detto in altre sentenze (cfr., per esempio, Tribunale di Roma, 28 maggio 1888), non dice il modo con cui la quota deve essere formata ».

La legge dice *quota*, e soggiunge: *dei beni* del testatore. Ciò basta: il quoziente deve esser costituito in guisa da rappresentare gli elementi stessi ond'è costituito il dividendo.

Il sofisma ritorna nella presente sentenza aggravato da un'erronea interpretazione della lettera dell'art. 760: « Ove il legislatore avesse voluto che la quota dei beni, per esser considerata come un'istituzione a titolo universale, dovesse comprendere una frazione, *una quota-parte di tutti i beni e nelle stesse proporzioni dell'universalità*, l'avrebbe espresso con un concetto diverso e più preciso, dichiarando una quota dell'universalità dei beni come equipollente dell'universalità per l'istituzione di erede ». Ma il legislatore è stato appunto così preciso come vuol la Corte. *Beni* è sinonimo di *patrimonio:* i Romani non usavano quasi altro che *bona* e anche nel nostro Codice *beni* è il termine più ordinario (cfr. art. 22, 224, 277, 281, 805, 807, 809, 1948-49). Il genitivo « dei beni » si riferisce poi tanto all'universalità quanto alla quota: perchè vuole la Corte che riferito a quota possa non ricomprenderli tutti?

Fuori di questo campo di fallacie verbali e dialettiche, nella dottrina, nella giurisprudenza, ed anche nella presente sentenza si sfrutta la teoria francese basata sull'articolo 1010 Codice Napoleone così concepito: « Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore lega una quota-parte dei beni dei quali la legge gli permette di disporre, come sarebbe una metà, un terzo, ovvero *tutti i suoi immobili, o tutto il suo mobiliare*. Qualunque altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare ». Ma anzitutto lo stesso legislatore francese non è che consideri il legato di tutti i beni mobili o immobili come legato di quota e voglia dare alla parola *quota* un senso nuovo

e arbitrario: ma egli considera e tratta l'istituito quale legatario a titolo universale alla pari dell'istituito in una quota In altri termini si attribuisce all'istituito la qualità di legatario a titolo universale *come* all'istituito in una quota, non *perchè* si intenda istituito in una quota. Ciò risulta dalla semplice lettura dell'art. 1010. Ma del resto il Codice civile italiano non ha riprodotto nè l'art. 1010, nè in generale il sistema successorio francese con la sua quadruplice partizione, erede, legatario universale, legatario a titolo universale, legatario particolare, e l'ordinamento germanico-feudale delle diverse delazioni per le diverse specie di beni secondo la natura o la provenienza loro. Le fonti e le particolarità della legge francese in proposito si trovano però egregiamente trattate nella nota citata dell'Ascoli, alla quale siamo lieti di poter rimandare. Rileviamo solo che, tolto di mezzo quell'articolo e la distinzione francese dell'eredità mobiliare e immobiliare, più che mancar l'unico argomento legale, che vien precisamente a ritorcersi contro, sfugge agli avversari un necessario punto d'arresto, per così dire, il solo che poteva salvarli dall'ammettere tutte le *universitates rerum* a rappresentar *quote ereditarie*.

9. Se non che il sentimento, di cui per ora non indaghiamo le sorgenti, è tanto forte che anche i pochi i quali contraddicono tale concetto vi ricadono in parte almeno, senza avvedersene. Così avviene all'Ascoli. Se il testatore dispone nel lascito di cose mobili o immobili, anzi dispone, sia pure, di cose singole, ma conferisce all'istituito il titolo di erede, non ha inteso con ciò di farlo erede, cioè responsabile dei debiti? Ciò ritiene l'Ascoli: « L'art. 760 ha infatti bensì stabilito che certe disposizioni attribuiscano la qualità di erede, e certe altre quella di legatario, ma non ha poi certamente voluto sostituire un nuovo rigorismo all'antico e impedire il compimento della volontà del testatore... Giustamente pertanto la giurisprudenza ritiene che l'art. 760 non osti ad ammettere nel diritto nostro, alla pari del diritto

romano, l'efficacia dell'istituzione *ex re certa* come istituzione d'erede (*Foro It.*, 1889, I, 640) ». L'Ascoli ha ragione quanto alla giurisprudenza. Conviene escludere peraltro dal novero delle decisioni, che egli riporta, la sentenza della Corte di Ancona, 24 febbraio 1877, che decideva una controversia di diritto comune, e quella della Corte di Perugia, 13 maggio 1880, che non decideva propriamente un caso d'istituzione *ex re certa*. Alcuno era chiamato erede universale, nè gli si lasciavano *res certae;* il dubbio nasceva solo dal fatto che, avendo il testatore ordinato molti legati, non rimanevano all'istituito che *res certae*. Similmente può esser buona istituzione d'erede una disposizione *de residuo* (Appello Casale, 31 dicembre 1892, *Foro It.*, *Rep.*, 1893, voce *Successione*, n. 35-37); niente vieta che la disposizione *de residuo* sia disposizione di quota, se le parti antecedenti, cui si riferisce il residuo, sono quote. Recentemente poi mi par di notare nella giurisprudenza una reazione contro l'*institutio ex re certa:* cfr. App. Genova, 27 ottobre 1893 (*Foro It.*, *Rep.*, 1893, detta voce, n. 34); App. Roma, 27 dicembre 1892 (*Ivi*, n. 38, 39).

Ma ho potuto rilevare che anche nell'insegnamento civilisti di acuto ingegno, mentre pare che vogliano reagire contro la dottrina che noi combattiamo, le spalancano poi liberamente le porte, cedendo davanti al miraggio della *volontà*, al fantasma dell'istituzione d'erede. La volontà! Essa ha certo una grande potenza, ma vuol forse troppo spesso valere più che non debba; essa gitta le correnti sociali nel movimento del diritto, ma se questo non è governato da prudenti organi, essa corrompe nell'evoluzione la solidità pur tanto necessaria degli istituti giuridici vigenti, come turba l'interpretazione delle regole positive e vigenti. Nel caso nostro è la legge che determina la qualità di erede, non la volontà. Si è sostituito, per dirla con l'Ascoli, un nuovo rigorismo all'antico? Forse. Perchè veramente se alla denominazione *erede* o *legatario* o altre simili il legislatore non dà peso veruno (art. 827 Codice civ.), alla natura del-

l'assegnazione, per concetti storici o dottrinali e considerazioni pratiche, dà tutto il peso (art. 760). Qual campo resta alla volontà? Ogni indagine sull'interno proposito del testatore è dunque vana? No: la qualità di erede è bensì stabilita dall'assegnazione dell'universalità o di una quota, ma l'assegnazione della universalità o di una quota si può desumere dalla volontà, sia pure non espressa. Si deve anzi: perchè il legislatore non ha imposto veruna formula. Se il testatore ha scritto « istituisco erede Tizio », e Tizio sarà erede, non perchè l'abbia chiamato con questo nome, bensì perchè quella dichiarazione significa che egli ha inteso attribuire l'universalità o una quota residua (dato che n'abbia istituito altri) dei suoi beni. Il nome non significa nulla e lo stesso varrebbe che il testatore l'avesse chiamato legatario o successore o padrone, proprietario dei suoi beni o altro. Ma se egli ha soggiunto « istituisco Tizio erede della mia casa o dei miei beni mobili », allora la qualità di erede non spetta all'istituito, cioè i debiti non gli sono addossati, perchè la legge vuole che sieno addossati al chiamato nell'universalità o divisi tra i chiamati per quote. L'*institutio ex re certa* ha nel diritto nostro una soluzione inversa dal diritto romano. I Romani, per cui la parola *erede* aveva tutto il peso, cancellavano la *certa res* (*detracta rei certae mentione*): noi, per cui tutto il peso è nell'attribuzione patrimoniale e la parola erede, anche senza l'art. 827, non varrebbe nulla, passiamo sopra precisamente a questa parola (*detracta heredis mentione*).

10. Nondimento questo movimento della giurisprudenza una cosa manifesta: che l'idea dell'eredità romana, anche in quest'ultimo residuo della successione personale e illimitata ne' debiti, esula sempre più dalla nostra vita e dalla nostra coscienza. Anche l'attribuzione dei pesi si vuol fare secondo l'assegnazione dei beni, nella misura in cui si lascia il patrimonio ereditario. Qualche sentenza lo dice apertamente. « Sarebbe inconseguente (?), pronuncia la Corte di Catania,

20 dicembre 1886, affermare dar luogo a disposizione di quota di beni il legato che dia un sesto o un decimo dei beni e non sia tale quello che dia tutti i mobili del testatore, *il valore dei quali può essere il triplo o il sestuplo...* ». È un movimento analogo a quello con cui nell'antica Roma i pontefici pervennero di loro propria autorità a estendere il peso del culto familiare oltre l'erede, talora poco favorito dal testatore, e ricongiungere i *sacra cum pecunia*, attribuendone via via il carico a coloro *qui maiorem partem pecuniae capiant* (v. Cic., *De legibus*, II, 19-21). Non potendo procedere con la stessa libertà, la giurisprudenza mira larvatamente a intrudere e sfruttare nel diritto ereditario il concetto dell'universalità di cose e fa ricorso come strumento alla volontà, che tanto ebbe parte a demolire gli altri principî fondamentali della eredità romana. Ma la nostra giurisprudenza non fa legge; le violazioni che essa commette, abbiano pure una giusta radice, sono frutti stentati e malsani del contorcimento di un precetto legale, e mentre smarriscono il buono, che è nell'ordinamento positivo, accrescono la confusione dei concetti e ritardano l'avvento di un nuovo e sano ordinamento. Fin tanto che adunque il legislatore non abbia assolutamente rimesso alla volontà del testatore la successione illimitata ne' debiti, cioè la cosiddetta rappresentanza ereditaria, o, meglio ancora, finchè la rappresentanza ereditaria, e con essa la pesante e complicata macchina di benefizi destinati a frustrarne gli effetti, non sia stata abolita, e alla successione personale ne' debiti, al regolamento individualistico del credito sostituito il concorso dei creditori sul patrimonio del defunto, meglio vale sempre attenersi alla corretta interpretazione dell'art. 760 e non conferire la rappresentanza ereditaria se non a chi venga istituito nel patrimonio o in una frazione matematica, che permetta di distribuirla equamente e facilmente tra coloro ai quali incombe.

Postilla. — Anche nel nuovo secolo la giurisprudenza, trascinata da una cieca inerzia, ha perseverato in questo

strano concetto di attribuir la qualità di erede all'istituito nel complesso dei beni mobili o nel complesso dei beni immobili. In questo senso si è pronunciata la Cassazione di Roma, 14 maggio 1903 (*Foro Ital.*, 1903, I, 967), la Cassazione di Torino, 24 novembre 1906 (*Foro Ital.*, 1907, I, 161); la Corte d'appello di Catania, 27 maggio 1907 (*Giurisprudenza Catanese*, 1907, 84) e 31 dicembre 1910 (*Foro Catanese*, 1911, 218). In senso contrario si è pronunciata nettamente la Corte d'appello di Trani, 26 giugno 1903 (*Foro Puglie*, 1903, 390; *Rivista giuridica*, Trani 1903, 780). La Cassazione di Napoli, 6 marzo 1902 (*Appello Puglie*, 1902, 112), ha deciso che il legato di una quota di mobili non è a titolo di erede: vorrei supporre che lo stesso avrebbe deciso per il legato dell'universalità di mobili, altrimenti avremmo a deplorare la consueta incoerente e fiacca transazione.

Merita di esser riferito il ragionamento della Corte di appello di Torino (*Foro Ital.*, 1907, I, 162: « Nè si può negare che è istituzione in una quota di beni quella che il testatore faccia *di tutto un genere di beni*, come di tutti i beni immobili o di tutti i beni mobili, perchè, sebbene la disposizione non contenga che una categoria di beni, è pur sempre una parte dell'*universum ius*, *il quale non si materializza in cose concrete*. Essa, se ha per oggetto *una quota* (!) dei beni ereditari, se è determinata quanto al genere dei beni, *non è tuttavia determinata quanto al contenuto* ». E più sotto: « Il legislatore nel precitato art. 760 ha parlato di quote di beni in genere, senza dire in alcun modo quota risultante a un tempo dei mobili e degli immobili... Il patrimonio è costituito di due categorie di beni, degli immobili e dei mobili, che fanno la totalità e universalità dei beni; laonde è evidente che, disponendo di una categoria di beni, si dispone di una quota di detta universalità o patrimonio ».

Per me è evidente che in questi discorsi non vi ha se non la veste del ragionamento, cioè le particelle *perchè*, *tuttavia*, *laonde* e le frasi tipiche *è evidente*, *innegabile* e simili. Quanto abbiamo detto in precedenza circa l'inter-

pretazione dell'art. 760 e il concetto matematico di quota, ci esime da ogni confutazione. Ho riferito le parole soltanto perchè esse sono l'eco precisa delle vuote o sibilline giustificazioni dottrinali, che abbiano sottoposto a critica.

Anche le menti che pensano e ragionano vogliono un poco di riposo, anche per esse abbastanza di frequente i più graditi argomenti sono quei motti astrusi, che non dicono nulla di sensato o che non si capiscono, l'*omnia munda mundis* del Padre Cristoforo: parlar semplice e chiaro è spesso un torto, come l'anfanarsi di Padre Cristoforo a persuadere Fra Fazio con buone ragioni, ma dette in volgare e in pro di una tesi, giusta anch'essa, ma anche essa fuori delle vie familiari a un cappuccino.

La Cassazione di Roma (*Foro Ital.*, l. c.) è ancora più spiccia, perchè non ragiona e richiama senz'altro la celebre L. 24, D. 50, 16: « *nihil est aliud hereditas, quam successio in universum ius quod defunctus habuit* » (*Foro It.*, 1903, I, 197), come se tutto andasse per le liscie in una felice concordia tra il diritto romano e il diritto civile, mentre la tesi è errata per diritto civile ed è un mostro per diritto romano.

Nella nuova dottrina la nozione del vero, cioè la coscienza che non è erede colui ch'è istituito nel complesso dei beni mobili o immobili, pare sia penetrata. Cfr. Venezian, *Lez. di dir. civ.*, Bologna 1899-1900 (litografie), pag. 14 e seguenti; Coviello, *Corso completo del diritto delle successioni*, 2ª ediz., Napoli 1914, vol. I, pag. 15 e segg.; Melucci, *Il testamento*, Lez. a cura del prof. Degisi, Napoli 1914.

L'art. 760 è sistematicamente un articolo fondamentale. L'interpretazione di esso nel senso che abbiamo svolto nella nota alla sentenza della Corte d'appello di Venezia è inoppugnabile, e finchè vorranno insistere nella loro tesi, dottrina e giurisprudenza chiuderanno deliberatamente gli occhi ad ogni corretta visione dell'istituto ereditario, ad ogni seria valutazione de' suoi pregi e difetti e delle sue possibili riforme.

XVII.

La dottrina dell'erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari (1).

1. L'interpretazione dell'art. 933 Cod. civ. capov., relativo alla dottrina dell'erede apparente, pare aver subìto l'influenza dei concetti tradizionali che dominano la teoria dell'usucapione circa il titolo vero o putativo e il suo nesso colla buona fede, della quale, giusta l'opinione un tempo dominante, il titolo fornirebbe la giustificazione e la prova. Siamo pienamente fuori di strada. Già la stessa locuzione legislativa « erede apparente » invece che possessore, di buona o di mala fede, doveva ammonire che non all'intrinseco valore del rapporto, alla sua giustificazione rispetto al possessore, come nella teoria dell'usucapione, bensì alla sua esteriore parvenza di fronte ai terzi, all'opinione che altri

(1) [Dal *Foro Ital.*, vol. XX, 1895, I, pag. 238-246. È una nota alla sentenza della Corte d'appello di Venezia, in data 23 aprile 1894; Presidente Santamaria-Niccolini, *P.P.*, Est. Federici; Rosselli Del Turco (avvocato Brunetti) c. Pironti (avv. Pucci, Poggi, Gallini, Diena) e Boattini (avv. Forcolin).

La massima della sentenza nel *Foro Ital.*, l. c., è la seguente:

« È erede apparente, a' sensi dell'art. 933 Cod. civile, soltanto chi per legge o per testamento ha vero titolo di erede ed accetta l'eredità in base al medesimo, sebbene non possa conseguirla di fronte ad altri, recante titolo poziore.

« Non è erede apparente il semplice erede putativo o creduto tale per errore di diritto (nella specie, perchè si ritenne aver luogo in favore suo il *ius adcrescendi*).

« Quindi è nulla la vendita delle cose ereditarie fatta dall'erede putativo, in ispecie se tanto egli quanto l'acquirente furono in malafede »].

o il pubblico n'abbia, conviene aver l'occhio; e l'altro che si ha più precisamente di mira è il terzo che acquista dei beni ereditari da chi gli si presenta come erede. Se per questo concetto dell'erede apparente si vuol ricercare un termine di esatto e utile riscontro, non è già nel possessore *ad usucapionem* che si ritrova, bensì nel possessore, da cui l'usucapiente acquistò la cosa. Ora, che questo possessore, da cui l'usucapiente derivò il titolo e il possesso, avesse o non avesse alla sua volta titolo a possedere, che possedesse almeno in buona fede, non si pretende per gli effetti dell'usucapione: basta solo che l'acquirente, a cui favore l'usucapione decorre, ne rimanga veramente illuso, perchè l'alienante *gli appare come legittimo possessore.* E similmente, per gli effetti sanciti dall'art. 933 a favore del terzo, il Codice non richiede che l'alienante abbia vero titolo di erede, nè che sia di buona fede: ma ch'esso *appaia come erede agli occhi del terzo*, che insomma il terzo sia di buona fede.

La considerazione dello scopo non mena a diverso risultato. Si tratta, nell'interesse della speditezza e sicurezza contrattuale e in genere del commercio, di « far salvi i diritti acquistati dai terzi » (son parole del legislatore), e si vuol salvare tali diritti quando essi abbiano fondamento in un contratto a titolo oneroso, cioè quando alla sua volta il diritto dell'erede vero non ne venga ad essere sostanzialmente leso. Gli è dunque a questo terzo che si vuol procurare un vantaggio, o piuttosto evitare un pregiudizio, non all'erede apparente: i requisiti che fanno degna di tal riguardo la sua posizione si debbono ricercare in lui, non già nel suo autore. Quanto all'erede apparente, sia di buona, sia di mala fede, egli non si avvantaggia punto di un siffatto riconoscimento delle convenzioni conchiuse col terzo; e l'erede legittimo ne rimane in ogni caso egualmente danneggiato. Se pur di danno si può parlare; poichè veramente questo speciale favore del terzo (una delle tante manifestazioni del riguardo ai diritti dei terzi nelle legisla-

zioni moderne) è limitato a una misura equa, che esclude un vero e proprio danno patrimoniale dell'erede.

Ma d'altra parte, è forse oscuro il pensiero del legislatore, che si debba ricorrere a mezzi indiretti di ermeneutica? Se i requisiti dell'usucapione non balenassero davanti agli occhi degli interpreti, si vedrebbe chiaro che la legge non dice parola di titolo e buona fede dell'erede apparente ne' suoi rapporti col terzo, anzi il legislatore sembra avere a bella posta sfuggito ogni termine che potesse richiamare tali concetti. E invece la buona fede del terzo che contrae si esige espressamente: la qual buona fede per sè sola non è del resto un momento specifico dell'usucapione, ma un carattere etico generalissimo, che torna in una serie numerosa di rapporti.

Finalmente col disposto che ci riguarda è in armonia tutto il contesto della legge. Quando invero il legislatore vuol favorire l'erede apparente in alcuni effetti, allora ha cura di aggiungere in modo espresso alla qualifica di « erede apparente » anche il carattere della buona fede. Così nel ridurre l'obbligo per le alienazioni delle cose ereditarie alla restituzione del prezzo o alla cessione delle azioni: « Se questi (l'erede apparente) ha alienato *in buona fede, ecc.* ». E in modo anche più diretto nel capoverso successivo: « L'erede apparente *di buona fede* non è tenuto alla restituzione dei frutti se non, *ecc.* ».

Se questo erede apparente *di buona fede* debba avere un titolo è questione che si può discutere: e col sistema del nostro Codice, che ha trasformato il possesso di buona fede in un concetto legislativo fisso, al quale il titolo è inerente (Cod. civ., art. 701), e solo esige, in più, nella prescrizione acquisitiva che il titolo sia debitamente trascritto e non sia nullo per vizio di forma (art. 2137), io direi di sì. Ma ciò è fuori, a ogni modo, della presente questione: in ordine a questa, anzi, mi sembra che ciò renda vieppiù evidente che una volta esclusa per una legittima argomentazione *a contrariis* la buona fede dal concetto dell'erede apparente, ne

resta con essa eliminata, secondo lo spirito della nostra legislazione, anche la necessità del titolo.

2. Il ragionamento della Corte per sostenere che l'erede apparente debba avere un titolo (circa la buona fede sua la Corte non par che insista, come fa qualche scrittore) si può dire una riprova della nostra tesi: tanto quel ragionamento è labile e contorto di fronte al disposto legislativo. Come mai la espressione usata dal legislatore « erede apparente » può indurre la Corte a ritenere ch'esso « *debba essere qualche cosa di più di un semplice possessore di buona o di mala fede?* ». Sarà qualche cosa di meno, o, se si vuole, qualche cosa di diverso, in quanto s'ha a por mente a ciò che ai terzi n'appare. La Corte risolve il concetto legislativo in questo modo singolarissimo: « *erede*, perchè veramente fornito di titolo ereditario legittimo: erede *apparente*, perchè, quantunque il titolo ereditario sia atto di per sè all'acquisto dell'eredità, pure nella specie non fu all'uopo efficace ». Ma no! *Apparente* è un attributo negativo, che esclude pel suo significato ogni realtà alla qualifica di erede: esso vuol dire che dell'erede il soggetto in questione non ha che la veste. L'interpretazione della Corte pecca a un tempo contro la logica grammaticale e contro la lingua: nè si sa contro quale delle due di più. Come può essere che il nome « erede » serbi il suo valore « fornito di un titolo ereditario legittimo » quando segue l'epiteto « apparente »? ovvero come in lingua italiana « apparente » può voler significare esistente, reale e legittimo, ma inefficace? La parola significa appunto inesistente, salvo per gli occhi del corpo o dell'intelletto che s'illudono; e nella sfera del diritto, inesistente per esso.

Una preoccupazione di carattere pratico, ma non pienamente giustificata, sembra muovere la giurisprudenza alla tesi che si combatte. La Corte di Venezia considera come sia grave l'efficacia concessa dalla legge alle alienazioni a titolo oneroso fatte dall'erede apparente « le cui conseguenze rispetto ai terzi di buona fede sono parificate nientemeno

che a quelle delle alienazioni fatte dallo stesso erede vero »; e nota in proposito che « una tale efficacia delle alienazioni *fatte da un semplice possessore* andrebbe al di là di quanto la legge riconosce come generale conseguenza del possesso ». Ora, che tali conseguenze vadano al di là di quelle in generale riconosciute dalla legge al possesso non v'ha dubbio; ma è appunto ciò che vuole questo speciale articolo. Il nostro legislatore ha sancito all'art. 933 capov. una regola nuova, di diritto singolare, che dalle conseguenze generali del possesso non s'induce: tanto è vero ch'essa è ignota alla legislazione romana e alla francese.

Poichè nel campo del diritto positivo le manca il terreno, la Corte si prova di salire timidamente ai principî razionali e soggiunge che « le conseguenze giuridiche del possesso, ad onta della presunzione del giusto titolo di cui all'art. 687, non valgono in generale a distruggere il principio di ragione che *nemo dat quod non habet* ». Se questo principio sia tanto inconcusso nel commercio giuridico in generale, lasciamola lì. Ma in questo punto speciale certo la Corte deve ammettere che una deviazione c'è, poichè l'efficacia assoluta e irrevocabile delle convenzioni a titolo oneroso, conchiuse da chi non è erede vero col terzo di buona fede, non può far a meno di riconoscerla; soltanto, essa vorrebbe limitare la sfera d'applicazione del disposto legislativo, restringendo il concetto dell'erede apparente. Ma una simile interpretazione restrittiva, oltre a violare la parola e lo spirito della disposizione, genera anche una iniqua disparità di trattamento. Abbia o non abbia titolo l'erede apparente, non è il suo rapporto col vero erede che si tratta di regolare, bensì il rapporto di questo col terzo; e se tale rapporto non muta, vale a dire se il terzo è sempre in buona fede, non c'è ragione di applicargli ora i principî generali, ora l'art. 933.

3. Se non che appunto circa la buona fede del terzo la questione si ripresenta. Presupposto di questa buona fede

è in genere, più che un determinato comportamento del terzo, un'erronea sua credenza; come sempre avviene quando la buona fede è un momento, per così dire, passivo. La persona colla quale il terzo contratta deve apparirgli veramente erede, sebbene erede non sia; e io credo altresì che questo errore suo debba il terzo dimostrarlo. La presunzione legalmente stabilita all'uopo dal nostro Codice in ordine al possesso di buona fede (art. 702) non si può applicare al rapporto in questione. Chi acquista legalmente si deve credere, sino a prova contraria, che intenda e stimi di acquistare dal proprietario: ecco il fondamento della presunzione. Ond'io credo che anche per diritto romano, esistendo una *iusta causa* vera, la buona fede si dovesse presumere dal giudice, se non dalla legge. Ma nel caso nostro l'acquirente non reclama i vantaggi del vero possesso di buona fede, bensì quelli ben più larghi concessi dall'art. 933, cioè, per esempio, la proprietà immediata, se ha comprato un oggetto: ed a tale intento gli giova convenire ch'egli non ignorava come il vero proprietario fosse morto e il suo patrimonio passato in altre mani, gli occorre, in breve, mettersi in una condizione rispetto all'ammissibilità della sua buona fede assai più pericolosa. Mentre, adunque, da un lato siamo al di là del campo in cui la presunzione legale è stabilita, dall'altro lato il fondamento intrinseco di qualunque presunzione, anche semplice, svanisce.

Ma riconosciuto pure che il terzo debba provar la sua buona fede, che debba dimostrare come il suo autore gli sia parso erede vero, non v'ha legge che gl'imponga o gli restringa all'uopo i mezzi di prova. Che l'erede apparente l'abbia persuaso col suo titolo rende il suo còmpito più agevole; ma nel modo istesso che questa prova può riuscir insufficiente o dileguarsi, qualora si dimostri ch'egli non ignorava come altri più prossimi parenti o altre persone istituite in un testamento posteriore avessero un diritto esclusivo alla successione, così dall'altra parte non è assolutamente necessario che del titolo egli abbia avuto cono-

scenza. Se l'erede apparente, persona di riguardo, agiva pubblicamente come erede, s'egli era da tempo nel pacifico possesso delle cose ereditarie e nessuno aveva peranco elevato un dubbio contro il suo buon diritto, perchè mai la buona fede del terzo non si dovrà dire sufficientemente dimostrata? Si tratta, avvertasi bene, non di una questione di diritto, bensì di una questione di fatto e di apprezzamento rimessa al prudente arbitrio del giudice.

4. Ma potrà l'errore di diritto essere sufficiente base per la buona fede del terzo? La buona fede è un concetto sociale ed etico, non alterato punto dal diritto che l'assume, non foggiato dalla legge ad arbitrio suo. Nei varî rapporti giuridici in cui la buona fede entra in campo non vi s'aggiunge alcun requisito che n'alteri il concetto popolare. Ora, dato che il concetto giuridico è lo stesso concetto sociale, cui la legge non fa che porgere la propria sanzione, a quel modo che quanto al grado essa è misurata al senso morale della società, nella stessa guisa è pure quel senso istesso, per l'organo del giudice, il quale n'è a un tempo interprete e partecipe, che ne stabilisce l'esistenza. Ora, che cosa è della buona fede, quando essa abbia per sua base un errore di diritto? Forse la persuasione che il proprio autore sia ciò che appare non si può ammettere che esista, perchè l'errore di diritto è inescusabile? Ma allora si confonde la scusabilità dell'errore colla probabilità della sua esistenza. Ovvero si dirà che la buona fede diventa mala fede, in quanto è trattata come tale, se l'errore su cui si fonda è inescusabile? Diventa per chi? Per il diritto. Ma allora il diritto ha una buona fede con presupposti suoi speciali, allora insomma la buona fede giuridica non è identica alla buona fede etica e sociale.

Tuttavia noi non potremmo cansar la questione con questo netto dilemma senza che una certa preoccupazione resti nell'animo. Se circa il titolo vero che si vuole nell'erede apparente l'interprete s'inspira fuor di luogo alle remini-

scenze dell'usucapione, in ordine alla buona fede è l'oscura e confusa teorica dell'errore che gitta, si può dire, la trista ombra sua così nella usucapione come nel tema che ci occupa, nè permette di fissare e serbar la chiara visione del concetto. Nè tale influenza è meno fuor di proposito della prima: siamo fuori della sfera in cui s'applica la teorica dell'errore.

Se non che io voglio pur supporre un momento, dapprima, che non sia così: cioè che sia come se la legge accordasse efficacia direttamente all'errore, non al fatto della buona fede, di cui l'errore è un presupposto. Dovrà essere escluso da questa efficacia l'errore di diritto? Un simile trattamento ha la sua fonte in quella tradizionale contrapposizione tra l'error di diritto che non viene scusato « *cum ius finitum* (cognitum?) *esse possit et debeat* », e l'error di fatto, che viene scusato, essendochè l'interpretazione del fatto « *plerumque etiam prudentissimos fallat* » (Neratius, L. 2, D. *de iuris et facti ignor.*, 22, 6). Ma già il Savigny ha mostrato l'insussistenza di questa antitesi nella forma così recisa come viene espressa e l'ha ridotta a quella di errore scusabile, *iustus* o *probabilis error*, *iusta ignorantia*, ed errore inescusabile; ammettendo solo una presunzione di scusabilità nel caso di error di fatto, e, al contrario, d'inescusabilità nel caso di error di diritto. Ora, nella specie sottoposta alla Corte, l'errore nel diritto di accrescimento era de' più scusabili nel senso savigniano; tanto esso era scusabile, che io ritengo le parti fossero dal lato della ragione, non dell'errore. Ma del resto la stessa teoria savigniana dell'errore a me pare insufficiente dal lato negativo, cioè troppo misurata quanto alla demolizione dell'antitesi tradizionale dell'errore di fatto e dell'errore di diritto, che restano tuttavia come esempi tipici, e mal fondata dal lato della positiva ricostruzione. Per quel che concerne la parte negativa, uno studio recente (Adler, *Die Wirkungen des Rechtsirrthums*, nei *Jahrbücher für die Dogmatik des Rechts*, 1893, pag. 149-224), condotto con forte dialettica e dottrina, se non con egual nettezza di pensiero

e felicità in tutte le parti, dimostra che una cosa ha sconvolto la teoria dell'errore e ingenerato quell'antitesi, ed è l'intrecciarvisi di un altro principio perfettamente giusto, ma essenzialmente diverso: che l'errore o l'ignoranza del diritto non deve impedire che la legge abbia la sua applicazione; in altri termini, che noi non possiamo, per troppo buone ragioni, cansar le dannose conseguenze dei nostri atti, allegando l'ignoranza o l'errore circa la legge che quegli atti regola e quelle conseguenze dispone. Dove questo principio, in ordine al quale non rileva che la regola di diritto sia controversa o locale e insomma non conta la scusabilità, è fuor di questione, allora non s'ha a distinguere tra error di fatto ed error di diritto, nè occorre alcuna differenza, sia pur di grado, in quanto alla scusabilità dell'uno e dell'altro. La confusione di questo principio dell'errore circa la legge che l'atto governa coll'errore nei motivi che all'atto ne inducono, e l'antitesi tra error di fatto ed error di dritto, che n'è la conseguenza, risalgono ai Romani. Ma i Romani, per viziosi che sieno circa le definizioni di concetti generali, ne sanno pur sempre schivare le fallaci applicazioni, e anche nell'àmbito dell'errore l'intuito sicuro non fece loro difetto ne' singoli casi.

Se non che io dubito alquanto che anche la dottrina della scusabilità come teorica generale regga. Che nella maggior parte dei casi in cui le fonti romane accordano questa efficacia all'errore, esse lo vogliano anche scusabile è certo; ma è certo pure che se ne tace in alcuni e in altri si concede l'effetto anche se l'errore non è scusabile, ma colposo, purchè vi sia (cfr., ad es., L. 11, § 11, D. *de interrogationibus in iure*, 11, 1); e v'ha altresì una evidente variabilità nel grado da caso a caso circa questo essere scusabile. Ora è sufficiente un *iustus error*, e soltanto, si dice, una *supina ignorantia* non si dee tollerare; ora s'avverte che non è facile ottener rimedio per l'errore, ma occorre una « *tam magna causa ut etiam constantissimus quisque labi possit* (§ 33, I. *de act.*, 4, 6) »; sicchè parrebbe che in sostanza dove la

scusabilità non è espressamente rilevata, soltanto l'esistenza dell'errore importi.

Anche più recisa e decisa la questione mi pare nel diritto nostro. Dove il concetto della scusabilità si fondi io non lo so, nè alcuno me l'insegna. Non credo che si possa addurre un solo articolo del nostro codice, da cui s'abbia a inferire che non basta l'esistenza, ma occorre la scusabilità dell'errore; e bisogna o che gli interpreti confondano le due cose, ovvero che le teorie di scuola abbiano tanto peso da vincere la logica e la legge. Bensì l'error di diritto viene tre volte escluso nel nostro Codice civile (due volte nel francese), per l'influenza della vecchia antitesi coll'error di fatto; all'art. 1109, nuovo nel Codice italiano, il quale sancisce che « l'errore di diritto produce la nullità del contratto, solo quando ne è la causa unica e principale »; all'art. 1360 capov., ove è detto che la confessione giudiziale « non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto », ed infine all'articolo 1772 circa le transazioni, che « non possono impugnarsi per causa di errore di diritto ». Non opportunamente in veruno dei tre articoli: ma l'essere rilevata espressamente in questi soli tre casi l'inescusabilità dell'errore di diritto, rende vieppiù manifesto, a parer mio, che in ogni altro caso tra errore di diritto ed errore di fatto non è lecito distinguere; quando, sempre, non si tratti di errore sulla legge che regola il nostro atto.

E tutto questo ragionamento si è fatto pure accettando di essere nel campo dell'errore vero e proprio. Ma noi siamo, come ho detto, fuori di questo campo. Non è a parlare di efficacia dell'errore là dove l'errore è solo un indice per cui si riconosce che un dato momento legale per la validità o l'inefficacia d'un atto esiste o fa difetto. Anche in un diritto che sanzioni in via generale e assoluta la scusabilità dell'errore, tale principio non può esercitare in simili ipotesi alcuna influenza. L'atto sarà efficace o meno, secondochè esista o non esista quel requisito, nè si può giudicare altrimenti a meno di porre in non cale i requisiti che la legge vuole.

A ragione il Windscheid dichiara « uno dei più bei meriti del Savigny » nella sua trattazione memoranda (*epochemachende*) l'aver distinto dall'errore nel motivo determinante questi casi, che il Savigny chiama di errore improprio; a ragione egli ritiene questa distinzione come « la sola base giusta di una teoria soddisfacente dell'errore » (WINDSCHEID, *Pandekten*, vol. I, § 76, n. 1, trad. Fadda e Bensa, pag. 302). Nè il termine istesso « errore improprio » mi par male scelto, come pensa il Windscheid: giacchè non abbiamo un errore giuridico vero e proprio nel senso che la legge attribuisca efficacia ad esso e vi si debbano applicare i principî giuridici dell'errore. Sono « casi estranei, che, frammisti con quelli di proprio errore, hanno oscurato non poco la teorica » (SAVIGNY, *System*, vol. III, App. VIII, pag. 440, traduzione ital. Scialoja, pag. 508).

Io non voglio certamente negare che la legge potrebbe anche in alcuno di questi casi di errore improprio esigere la scusabilità. Che cosa non può fare la legge? Anche trasformare uomini in donne; ma avremo allora una categoria di donne giuridiche, i cui requisiti ci saran dati dalla legge, perchè queste persone non corrispondono al concetto naturale della donna. E del resto l'antico diritto non riduceva molti uomini a essere cose? e non aveva un concetto artificiale della pubertà? E così potrebbe fare la legge circa la buona fede; ma convien che lo dichiari appositamente: che aggiunga alla buona fede o al rapporto, di cui la buona fede è un coefficiente, questa determinazione speciale della scusabilità dell'errore. E avremo allora o una buona fede propria del diritto civile, non naturale, a dirla con termini romani, ovvero un requisito nuovo, oltre la buona fede, per gli effetti dell'atto.

5. Del resto le fonti romane, donde ci derivò l'assunzione della buona fede nel diritto, sono al riguardo un ottimo sussidio dell'interpretazione. Or bene, esse che nei singoli casi di errore proprio tanto insistono circa la scusabilità

sua, in quella vece ne' rapporti numerosi e vasti, ove torna la buona fede, o non fanno motto di scusabilità o la escludono apertamente.

Non abbiamo testi circa la buona fede ne' rapporti contrattuali (che non v'è proprio nè modo nè ragione di ritenere un concetto diverso dalla buona fede ne' diritti reali); e non credo che nessuno abbia mai pensato di escluderla in caso di errore inescusabile. Certo il silenzio delle fonti sarebbe strano assai, qualora i principî circa la scusabilità dell'errore vi si dovessero applicare.

Ma n'abbiamo in riguardo ad alcuni altri rapporti anche più prossimi alla specie presente. Anzitutto i seguenti sul furto: Gaii, *Inst.*, II, 50; § 4, I. *de us.*, 2, 6; L. 36, § 1, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3. Vi si fanno due casi, l'uno di error di fatto, che si può riguardare come inescusabile, l'altro di error di diritto, ch'è pei Romani l'esempio tipico di errore inescusabile; e in entrambi si esclude così il furto come la furtività dell'oggetto alienato, perchè l'alienazione accade « *bona fide* ».

Anche più interessante per l'intima connessione colla specie presente è la L. 25, § 6, D. *de her. pet.*, 5, 3: « *Scire ad se non pertinere, utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in iure erravit? Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum alius praecederet agnatus, sibi potius hereditatem deferri. Et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret* ».

Solo in materia d'usucapione pare che abbia influenza l'errore inescusabile. In più testi si afferma che l'errore di diritto non giova all'usucapione (Pomponius, L. 4, D. *de iuris et f. ign.*, 22, 6; Pomponius (non Paulus), L. 31 pr., D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3; Pomp., L. 32, § 1, *ibid.*; Paulus, L. 2, § 15, D. *pro empt.*, 41, 4), o si vuole per l'usucapione una *non levis praesumptio* (Papinianus, L. 44, § 4, D. *de usurp. et usuc.*, 41, 3), un *iustus* o *probabilis error* (Africanus, L. 11, D. *pro empt.*, 41, 4; Neratius, L. 5, D. *pro suo*, 41, 10). Ma non è già che la scusabilità abbia influenza sulla *bona fides* e n'alteri il concetto. Essa è un requisito indipendente dell'usucapione. Con questa

infatti la scusabilità è messa in diretto rapporto in tutti i testi citati, e alcuni di essi esprimono anche chiaramente che l'usucapione si nega, benchè la *bona fides* vi sia (confr. L. 32, § 1, D. *de usurp. et usuc.* 41, 3; L. 2, § 15, D. *pro empt.* 41, 4). E per l'usucapione, nella quale oltre la *bona fides*, occorreva un titolo, il requisito della scusabilità è un succedaneo di questo: esso compare solo in autori che ammettono il titolo putativo, come Nerazio, Pomponio, Africano, o in specie singole, in cui l'ammettevano per eccezione anche i seguaci del titolo vero. Del resto, riguardo alla frequenza con cui si esclude al proposito l'errore di diritto, si può anche dire una cosa: che i giureconsulti romani fautori del titolo putativo, rinunziando all'esistenza reale della *iusta causa*, non intesero peraltro di rinunciare alla credenza in essa; ora l'errore di diritto nella specie è precisamente un errore non sui motivi, ma su di un requisito legale dell'atto che si compie: si crede che sia *iusta causa* un negozio che *iusta causa* non è di sua natura. La credenza non è quella che la legge vuole. È questo in fondo il concetto dell'Adler, il quale vi mescola però alcuni equivoci.

Finalmente un'ultima considerazione è, come ciascuna delle precedenti, decisiva pel nostro asserto. La ragione per cui l'errore inescusabile non giova, almeno d'ordinario, è ch'esso implica una colpa. Trattasi, come dice il Savigny, di errore sì, ma di errore colposo. Ciò appar chiarissimo, ad es., nel testo seguente, in cui si è più muti riguardo all'errore e si finisce con prescindere anche dalla scusabilità (il che dimostra, come ho detto, che nemmeno circa l'errore proprio la scusabilità è un principio generale): « *Qui iusto errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est. Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit absolvi eum deberi, nisi culpa dolo proxima sit* » (L. 11, §§ 10-11, D. *de interr. in iure*, 11, 1). Ora la *bona fides* è un concetto esattamente antitetico al *dolus*, ma non esclude punto la *culpa*. Dove si parla di *negligentia* o *culpa* il contrapposto è *diligentia*, non mai *bona fides*, anzi, e ciò vale

come controprova, ne' singoli rapporti contrattuali si dichiara sovente che non si deve *niente più* della *bona fides* o che si deve invece più di essa, cioè anche la diligenza o l'assenza di colpa (cfr. Ulpianus, L. 10 pr., D. *mand.* 17, 1: « *nihil amplius quam bonam fidem praestare oportet eum qui procurat* »; Proculus, L. 68, pr., D. *de contr. empt.*, 18, 1: « *Existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, idest non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa* »; e inoltre Paulus, L. 4, D. *de eo qui pro tut.*, 27, 5; Pauli, *Sent.*, I, 4, 1). E se in un celebre frammento di Celso si parla di *fides* (*nec enim salva fide minorem quam in suis rebus diligentiam, etc.*) in contrapposto a un caso di *culpa lata*, gli è appunto perchè in quel testo il giureconsulto sostiene esser principio verissimo, benchè contrastato da Proculo, « *latiorem culpam dolum esse* ». Infatti, soggiunge Celso, sia pure concesso al depositario (del quale si parla) di esser negligente oltre misura; ma se non adopera nelle cose altrui per lo meno quella stessa cura che nelle proprie — che è il caso della *culpa latior* o della così detta colpa in concreto — « *fraude non caret* » (L. 32, D. *dep.*, 16, 3).

Concludendo: la Corte di Venezia può aver deciso bene circa la specie a lei proposta, per essersi coscienziosamente convinta che le parti condannate non erano in buona fede. Ma sia col pretendere un titolo vero per l'erede apparente, sia col pronunciare che l'errore di diritto elimina l'efficacia della buona fede ne' riguardi del terzo che contrae coll'erede apparente, essa ha subìto l'influenza di torbidi concetti dottrinali e fondato il suo giudizio su basi di diritto assolutamente erronee (1).

---

(1) Quanto ai precedenti della causa veggasi Cass. Firenze, 6 giugno 1882 (*Foro Ital.*, 1892, I, 1221, con nota).

Per quanto più specialmente riguarda la validità delle alienazioni fatte dall'erede apparente, veggasi poi: Cass. Palermo, 10 marzo 1891 (*Id.*, 1891, I, 563) e la nota ivi.

Postilla. — Gli scritti più importanti usciti sul tema dell'erede apparente, dopo questa nota, sono: Brunetti, *L'erede apparente*, in *Arch. giur.*, vol. LV, 1895, pag. 116-160 (è un lungo articolo a proposito della stessa sentenza), e De Bernardinis, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, in *Arch. giur.*, vol. LXXIII, 1904, pag. 247-304. V. anche Perrone-Capano, *La buona fede del terzo ne' contratti coll'erede apparente*, nel giornale *La Corte d'appello*, 1910, pag. 179-189.

La verità di quanto sostengo in questa nota è stata pienamente riconosciuta.

XVIII.

Riforma del diritto ereditario (1).

Urgenti riforme esige il diritto successorio, sia sotto l'aspetto prettamente economico e giuridico, sia sotto l'aspetto propriamente etico e sociale.

***

Sotto l'aspetto economico e giuridico l'eredità ci presenta forse il più vizioso ordinamento di tutto il sistema del diritto privato: ed è la nostra complicata, contraddittoria e dannosissima liquidazione del passivo ereditario. Difficoltà penose e talora insormontabili nascono dall'aggrovigliamento di una serie di istitutì di diritto singolare, deliberazione, beneficio d'inventario, eredità giacente, divisione *ipso iure* dei debiti tra più coeredi, non chiaramente armonizzati tra di loro, tutti diretti a rimediare alle fatali conseguenze di un principio fondamentale. Ma più gravemente pesano da un lato quelle conseguenze per cui non è stato disposto alcun rimedio, dall'altro lato l'azione degli istituti stessi a tale scopo destinati, i quali si rivelano all'atto o troppo energici o poco energici, e ad ogni modo sono irregolarmente l'uno sull'altro cumulati da una faticosa evoluzione storica. Noi soffriamo insomma, come avviene quasi sempre nei casi più gravi, tanto dei mali quanto dei rimedi.

(1) [È la mia « Relazione al VI Congresso giuridico nazionale », Milano 1906, che ripubblico intatta, salvo lievi chiarimenti e alcune soppressioni, per evitar di ripetermi dai miei scritti speciali].

Esaminiamo partitamente i vizî del nostro sistema legislativo. Questa analisi è forse il miglior modo per toccar con mano, sotto i varî aspetti, l'iniquità dello stato attuale e preparare lo spirito alla riforma che si propone (1).

1° L'erede è tenuto personalmente *ultra vires hereditatis* per i debiti ereditari.

Questa norma fondamentale ha la sincera apparenza di una logica e pratica statuizione. E nondimeno in primo luogo logica non è, se non per una fallace tradizione, che in ordine all'eredità ci ha fatto concepire i debiti come una parte integrante del patrimonio, concetto che si vuol attribuire ai Romani, ed è precisamente l'antitesi del concetto genuino di quei giureconsulti, i quali ripetono le mille volte: *bona non intelleguntur, nisi deducto aere alieno.* Se l'eredità ha meramente la funzione di trapasso del patrimonio del defunto nella persona dell'erede, non altro che l'attivo netto dovrebbe trasmettersi all'erede.

Ma il nostro sistema non è nemmeno pratico, perchè il credito non esige quell'esorbitante aggravamento dell'erede; ciò che esso vuole è che il patrimonio della persona defunta sia conservato in prima linea al soddisfacimento de' suoi creditori, come era in vita destinato alla loro garanzia. Si volle spiegare l'origine storica del principio con l'interesse dei creditori, e far ricorso precisamente all'idea che il patrimonio debba esser la garanzia dei debiti. Simile ipotesi non regge affatto. L'idea che l'obbligazione conferisce un diritto sul patrimonio, non sulla persona del debitore, si svolse in tempi storici e nell'evo moderno, mentre

(1) Nelle critiche al sistema riassumo essenzialmente i risultati dei miei varî studî sull'eredità proseguiti dal 1890 in poi (*Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, 1891 e 1895; *Diritto rom.*, 1900, pag. 433-486; *Studî in onore di Vittorio Scialoja*, 1905, vol. I, pag. 534; *Filangieri*, 1905). [*Scritti giuridici*, I, pag. 101, 152, 188, 250]. Recentemente gran parte delle critiche positive rivolte al diritto moderno sono state energicamente e indipendentemente rinnovate dal Percerou, *La liquidation du passif héréditaire* (*Revue trimestrielle de droit civil*, IV, 1905, pag. 535 e 811); *Faillite et liquidation judiciaire après décès*, Parigi, Rousseau, 1906.

il riconoscimento di quel principio si perde con l'eredità nella notte dei secoli. E anche ammesso che il patrimonio del debitore fosse considerato sino dalla più remota epoca come la garanzia dei creditori, su quello essi debbono venir soddisfatti, non oltre quello. Come si espresse in guisa drastica un acuto scrittore, il Baron, non è giusto che i creditori abbiano a fare un lucro con la morte del loro debitore. D'altra parte, se la genesi del principio fosse che il patrimonio del defunto deve essere la garanzia dei creditori, non vi sarebbe ragione che questi non si dovessero rivolgere contro i legatari alla pari che contro l'erede. La responsabilità *ultra vires* pertanto, non organizzata per il credito, aggrava ingiustamente l'erede, genera, come fu osservato, nonostante l'esistenza del beneficio d'inventario, un numero considerevole di rinuncie (1) nel nostro diritto, ed è poi particolarmente iniqua, allorchè abbia luogo il diritto di accrescimento. Benchè nella nostra legislazione il diritto di accrescimento sia ben lungi dall'aver il significato e la portata che aveva nel diritto romano, esso è tuttavia più ampio che non nel diritto francese, poichè si verifica non solo quando più eredi siano istituiti in un testamento senza distribuzione di parti, ma anche nella successione intestata, quando più coeredi non sieno fra loro d'accordo per accettare o per rinunciare all'eredità (Cod. civ. ital., art. 940), mentre in simile ipotesi il diritto francese prescrive il beneficio d'inventario (Cod. civ. franc., art. 782).

2° I debiti come i crediti si dividono *ipso iure* tra i varî coeredi, dimodochè i creditori che hanno contratto originariamente con un solo debbono dividere tra molti la loro azione, come alla lor volta i debitori sono tenuti a dividere tra molti la loro prestazione.

È questo il più antico rimedio, sancito fino dalla legge delle XII Tavole, contro l'enorme aggravamento della posizione degli eredi. Anche questo precetto si reputa, per

(1) [V. sopra, *Scritti giuridici*, I, pag. 204 e 205, n. 1, in fine].

antica tradizione, una norma logica, mentre forse non è tale nel sistema moderno e non è certamente nel diritto romano, da cui questa norma è ereditata. Contro l'opinione dominante la regola del diritto romano, nelle obbligazioni conchiuse per una stessa prestazione da più subbietti, è la *solidarietà*, non già la *divisione rateale*. Questa fu introdotta per casi speciali da positive statuizioni di leggi, e la più antica di esse è per l'appunto rappresentata dal precetto decemvirale che sanciva la divisione dei crediti e dei debiti fra più coeredi (1).

Precisamente questo precetto è la critica del principio della successione *ultra vires*, cui valse come correttivo nei casi di maggiore iniquità. Correttivo troppo energico; al creditore sarà spesso più vantaggioso ridurre la sua obbligazione nei limiti dell'attivo, che non dividere l'azione tra più eredi. In questa divisione alcuni crediti, quelli che attraversano più generazioni, si polverizzano e si estinguono di fatto. In ordine ai legati di culto un nostro esimio civilista, il Simoncelli, avvisando le fatali conseguenze della divisione ereditaria, intese stabilire l'indivisibilità, forse con ragioni troppo sottili (2). È infine questo principio della divisione tra più eredi che ha generato la più informe e confusa dottrina giuridica, la teoria delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

3° Giova considerare a parte una conseguenza iniqua che si ricollega alla divisione *ipso iure* dei debiti tra coeredi. Stabilita in modo così poco confacente al credito questa indipendenza delle singole quote, l'insolvenza di uno dei

(1) È una delle non rare illusioni del Pernice (Cfr. *Labeo*, I, pag. 310 e seguenti), fatali per l'influenza esercitata da questo autorevole scrittore, il quale sovente cela, sotto un apparente ed oscuro velame di critica, il dommatismo più arbitrario, l'aver confuso questo precetto decemvirale relativo alla divisione dei debiti con la successione stessa nei debiti *ultra vires*, la quale non era sancita in nessun luogo dalle XII Tavole, perchè era un portato logico, organico della successione romana.

(2) *Rivista di dir. ecclesiastico*, 1898, XIII, 29.

coeredi falcidierà irremissibilmente l'ammontare del credito, anche se per avventura nelle altre quote vi fosse capienza pel soddisfacimento integrale. Ciò si verifica altresì allorchè l'uno degli eredi fruisce del beneficio d'inventario e l'altro no. Per vero nel nostro diritto, a differenza del diritto francese, questa eventualità sembra a prima vista eliminata in forza dell'art. 958, il quale prescrive che, se tra più eredi taluno vuol accettare col beneficio d'inventario ed altri senza, l'eredità deve essere accettata col detto beneficio, soggiungendo che « in questo caso basta che uno solo faccia la dichiarazione ». Se non che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che quest'articolo non distrugge la individualità del beneficio d'inventario, perchè l'uno degli eredi può decadere dal beneficio o rinunciare ad esso.

4° Con l'accettazione dell'eredità il patrimonio del defunto e quello dell'erede si confondono in una massa unica e quindi da un lato le partite reciproche si estinguono, dall'altro debitori e creditori del defunto o dell'erede sono collocati alla pari di fronte a una stessa persona e a uno stesso patrimonio (1).

Questa confusione è sempre dannosa alle persone ed al credito: dannosa ai creditori del defunto, se l'erede è oberato; dannosa all'erede e ai suoi creditori, se l'oberato era il defunto.

Per i creditori del defunto è disposto il beneficio della separazione dei patrimoni, per l'erede il beneficio dell'inventario. Infinite controversie sorgono, data l'indipendenza dei due beneficî. Nessun rimedio è poi accordato ai creditori dell'erede. *Sibi imputent*, si ripete, perchè hanno contratto con persona leggera, capace di accettare una eredità oberata. Veramente leggera è la giustificazione.

---

(1) [La confusione non è propriamente una conseguenza o un elemento specifico dell'istituto ereditario; ma essa acquista nell'eredità un rilievo speciale e un carattere pericoloso a cagione della sua vasta applicazione in questo acquisto in massa e a cagione dell'accollo personale e illimitato dei debiti: cfr. *sopra*, pag. 483 e 484].

L'erede può aver accettato con la piena coscienza che l'eredità fosse più che solvibile, in quanto gli oneri sono emersi in seguito, o per lo meno nella fiducia fondata che i suoi mezzi fossero sufficienti a sopperire. Ma se anche un eccesso di delicatezza l'avesse spinto ad accettare la eredità oberata di un proprio congiunto, dov'è la sua colpa? Evidentemente ciò è voler proprio far ricadere sulle persone le colpe del sistema: di solito nella vita si verifica l'inverso.

5° Il vizio fondamentale, che ha eccitato le critiche più vivaci da parte dei commercialisti, è l'organizzazione individuale dei beneficî d'inventario e di separazione. In massima, salvo lievi temperamenti, l'erede beneficiario paga i creditori a misura che si presentano: quelli, i quali si fanno innanzi dopo esausto l'asse ereditario, tornano a mani vuote. Lo stesso ha luogo in ordine alla separazione dei patrimoni, la quale non giova se non a coloro che l'hanno domandata; posizione tanto iniqua che, com'è noto, si suole da una parte importante della dottrina e della giurisprudenza risolvere con una temperata misura, nel senso che coloro che non l'hanno chiesta subiscano bensì il concorso dei creditori dell'erede nelle loro quote, ma non siano esclusi totalmente dal patrimonio del defunto in confronto dei separatisti. È insomma il principio della *prevenzione*, dell'*occupazione* che domina. Anche questo principio ha una speciosa apparenza romana: si ripete il solito *vigilantibus iura*. Ed anche questa è una calunnia al diritto romano, o per lo meno al classico diritto di Roma, il qual diritto, oltre ad elevare a norma fondamentale la solidarietà, *ne in plures adversarios distringatur*, *qui cum uno contraxerit*, eleva a norma il concorso, il soddisfacimento proporzionale in ogni esecuzione e in ogni liquidazione.

E se il beneficio d'inventario avesse avuto origine nel classico diritto di Roma, esso sarebbe stato certamente organizzato sulle basi del concorso.

Io non insisto personalmente su questo punto: faccio mie le parole di due eminenti commercialisti, il Bolaffio ed

il Vivante, i quali invocano rispettivamente il concordato o il fallimento civile come correttivo al sistema. L'uno così si esprime nella Relazione o esposizione dei motivi del Progetto, divenuto poi legge, sul concordato preventivo (pag. 38): « Niente di più irrazionale di un sistema per cui, mentre l'erede liquida il patrimonio accettato col beneficio dell'inventario, i creditori singoli sono autorizzati a procedere alle esecuzioni individuali sul patrimonio medesimo...

« L'art. 1949 del Codice civile dichiarando, senza distinzione, che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, così che questi vi hanno tutti un eguale diritto, quando fra essi non vi sono cause legittime di priorità, viene per implicito necessario a riconoscere che le attività del debitore non si possono frazionare in tante parti quante sono le operazioni da lui compiute e non adempiute. All'unità della responsabilità si contrappone l'unità del patrimonio e quindi il *ius paris conditionis* dei creditori che corsero la fede personale del debitore comune ».

E altrove (pag. 107): « La situazione dell'erede beneficiato, che ha l'obbligo di amministrare e liquidare per conto dei creditori del defunto e dei legatari, è tra le più anormali, nè lascia tranquilli i creditori che, in difetto di opposizioni e della separazione dei patrimoni, possono veder svanire quella obbligazione reale dei beni ereditari in cui si concentra oramai ogni loro garanzia. La domanda di concordato, facendo scadere i crediti a termine, rende possibile a tutti i creditori del defunto di esercitare contemporaneamente i loro diritti; attuando il concorso dei creditori, sottrae la sostanza ereditaria alle esecuzioni individuali e toglie di mezzo il conflitto tra la liquidazione volontaria dell'erede e l'esecuzione forzata di qualche creditore che la legge civile non esclude; elimina la *vexata quaestio* sugli effetti della separazione dei patrimoni nel caso che l'erede decada dal beneficio dell'inventario o vi rinunci, consacra il principio equitativo che tutti i creditori del defunto debbono ottenere l'eguale trattamento, se tra essi non esistono diritti

di priorità anteriori all'apertura della successione; e finalmente viene a regolare con una disciplina formale, precisa, quella cessione dei beni dell'eredità ai creditori e ai legatari, che l'art. 968, secondo alinea, del Codice civile consente indeterminatamente all'erede beneficiario ».

E il Vivante, nella sua profonda conferenza sul fallimento civile, tenuta in Roma nel febbraio 1901 (1), spezza pure la sua lancia in questa battaglia, richiamando in nota i miei studî al riguardo: « La sorte dei creditori è molto mal tutelata nelle successioni, sia che si tratti di trovare prontamente il legittimo contraddittore, sia che si tratti d'impedire che l'asse ereditario sia manomesso o si confonda con quello dell'erede. La situazione dei creditori del defunto e dell'erede sarebbe assai meglio chiarita e difesa, se avessero facoltà di ricorrere alla procedura di fallimento, perchè, tosto aperto il fallimento, tutti i beni del defunto sarebbero rinchiusi con provvedimento di pubblica utilità in una massa destinata al pagamento di tutti i creditori. Questo istituto potrebbe servire come un comune strumento di difesa all'erede ed ai creditori del defunto contro gli inconvenienti inseparabili dalla confusione dei due patrimoni: in questa guisa si ridurrebbero due istituti, oggidì quasi sovrapposti, la separazione dei beni del defunto e il beneficio d'inventario, ad un solo e più efficace di entrambi riuniti. La facoltà di chiedere il concordato preventivo e il fallimento che gli tien dietro, se quello non riesce, dovrebbe esser concessa tanto ai creditori quanto al rappresentante legittimo dell'eredità: così si arresterebbe sino da principio la libera corsa dei creditori sui beni del defunto. Imperocchè, secondo il diritto vigente, l'apertura della successione non arresta le esecuzioni individuali; i creditori possono con i sequestri, con le vendite forzate scompigliare le operazioni dell'inventario e di una sistematica liquidazione: anzi il legittimo rappresentante della

(1) Pubblicata ora in appendice alla nuova edizione del *Trattato*, vol. I; cfr. n. 14.

eredità deve pagare i creditori di mano in mano che si presentano e non può rifiutarsi di farlo nemmeno se risulti dalle carte del defunto che l'asse ereditario non basta ad estinguere il passivo. Così i creditori lontani, quelli a termine o sotto condizione, possono esser privati di ogni garanzia: giungendo tardi, non ne troveranno più alcuna sull'asse ereditario che può essere esaurito, nè sul patrimonio dell'erede, che può essere insolvibile o può avere rinunciato all'eredità o può averla adìta con beneficio d'inventario. In tal caso i creditori più solleciti o più favoriti dalle circostanze avranno spogliato gli altri ».

« La legge dovrebbe favorire specialmente i concordati preventivi sui beni caduti in successione, poichè per opera loro si potrebbe comporre in pace la memoria del defunto, salvare dalla speciale liquidazione un'azienda che l'erede potrà forse continuare a vantaggio suo e dell'economia nazionale, e infine trattare ugualmente tutti i creditori in ogni specie di successione, sia accettata con beneficio d'inventario, sia giacente. Finchè il patrimonio del defunto resta legalmente diviso da quello dell'erede dovrebbe concedersi al legittimo rappresentante dell'erede la facoltà di poter ricorrere a quella procedura; imperocchè le successive vicende della liquidazione possono rendere necessario quel concordato, mentre dapprima poteva parere che l'asse ereditario fosse sufficiente ad estinguere ogni debito. Quando l'erede accettasse l'eredità, allora i due patrimoni si fonderebbero in un solo e l'erede non potrebbe più chiedere il concordato o il fallimento che sul patrimonio unificato ».

Siffatte considerazioni sono perfettamente in armonia colle nostre idee.

Lo stesso istinto della semplicità legislativa potrebbe guidare il nostro legislatore a ricomporre un ordinamento razionale e unitario della liquidazione ereditaria.

6° L'erede subisce la buona o la mala fede del defunto (Cod. civ. it., art. 693). È questa forse la più strana sopravvivenza storica. Perchè all'erede, considerato come acqui-

rente patrimoniale, non deve giovare, in ordine al possesso, la sua buona fede personale e nuocere la sua mala fede, come avviene in qualunque altro acquirente? Perchè in ragione di un mistico trapasso si deve premiare un disonesto e colpire un uomo retto? Più strano è che la logica coerenza del nostro legislatore lo ha fatto sul punto andar oltre al diritto francese ed allo stesso diritto romano, poichè questi effetti singolari si verificano non solo in ordine alla prescrizione acquisitiva, ma altresì in ordine ai frutti ed alle spese, alle responsabilità ed ai diritti di ogni genere del possessore di buona fede di fronte al proprietario rivendicante. Laddove in tutti questi casi il diritto romano e il diritto francese guardano al fatto della buona fede esistente al momento, non risalendo alla buona fede iniziale ed all'autore.

*
* *

Ora la radice dei mali è semplice ed unica: l'eredità, la quale dovrebbe essere ordinata puramente e semplicemente come il trapasso di un patrimonio, è invece organizzata come il trapasso di una posizione giuridica da un subbietto in un altro. L'erede subentra nel complesso dei rapporti giuridici come erano in testa al defunto. L'espressione romana per significare questo subentrare era appunto *successio* o *successio in ius* o *successio in locum et ius*. Il concetto della successione subì una metamorfosi nella elaborazione bizantina del diritto romano e noi oramai lo adoperiamo a significare il rapporto dell'autore con l'avente causa in qualunque trapasso. Così abbiamo soffocato la nozione viva e scultoria dei Romani: così al posto di quella nozione per opera degli stessi Bizantini, due concezioni torbide, proteiformi sono spuntate, le quali hanno oscurato la visione dell'eredità, e celato i vizî del sistema.

L'una è l'acquisto di un'*universitas*, dell'*universum ius*, che dovrebbe di necessità comprendere i debiti come parte integrale del patrimonio: l'altra è la continuazione della

personalità del defunto. Noi lasciamo da banda la critica di queste concezioni, assurde in sè, ma sovratutto totalmente straniere al pensiero dei giureconsulti romani (1). Ciò che giova solo notare è che il concetto veramente romano del *succedere* o *succedere in ius* è quello stesso che si attua nel diritto pubblico e, restituito al suo vero valore del subentrare nella posizione giuridica in ordine ai rapporti costituiti in testa al defunto, è concetto per lo meno chiaro, se non pratico o economico.

Io intesi dimostrare ne' miei varî scritti sul tema della successione come tutta la struttura classica dell'eredità romana, oggi completamente svanita (2), si spieghi col ritenere che l'erede nelle origini preistoriche fosse il successore in un potere sovrano, nella direzione della famiglia, organismo politico, la qual direzione, conforme ad un'usanza diffusa in larga parte della terra anche al giorno d'oggi e radicata nel diritto pubblico romano, soleva esser affidata non al primogenito, bensì al più degno familiare designato dal predecessore.

La genesi storica si può ora, ad ogni modo, lasciare da banda, poichè noi appunto non prendiamo di mira se non quest'ultima sopravvivenza, il subentrare nella posizione giuridica del defunto, nei rapporti giuridici come erano in testa al defunto.

Contro questo fatale ordinamento il diritto romano aveva una serie di rimedî, in parte costruiti a bella posta, in parte inerenti alle sue istituzioni fondamentali, i quali eliminavano le conseguenze molto meglio di quel che avvenga

---

(1) [Cfr. per questa critica *sopra*, pag. 158 e segg.].

(2) [Io credo ora propriamente svanita anche la *successio*, cioè il subentrare *nei rapporti stessi* del predecessore. L'accollo personale e illimitato dei debiti e la continuazione della buona o mala fede sono principî positivi e singolari. Ma la *successio* a ogni modo (non mi stancherò di ripeterlo) non è che un lato, *un elemento solo* della struttura *fondamentale* dell'*hereditas* romana; struttura certamente abolita sotto ogni altro aspetto].

presso di noi: *edictum de suspectis heredibus*, separazione dei patrimoni, restituzione in intiero per debiti emergenti in seguito, concordato obbligatorio a maggioranza, *beneficium abstinendi* (il quale senza far perdere la qualità di erede abbandonava il patrimonio ai creditori), esecuzione collettiva sempre, perchè il fallimento non era ristretto ai commercianti, onde la separazione dei patrimoni assumeva il carattere di una procedura di concorso.

Questo cenno solo dovrebbe render chiaro che noi abbiamo indietreggiato.

Ma non si tratta più oramai, a nostro avviso, di risuscitare o moltiplicare rimedî. Si tratta di abolire il principio, della successione personale e illimitata ne' debiti, di sostituire ad esso il concetto che *nell'eredità abbiamo un puro e semplice trapasso di patrimonio ed il passivo onera l'attivo*. Questo concetto suol esser posto in antitesi al concetto romano come il concetto germanico del patrimonio e della successione. Rivendichiamo al diritto romano l'onore di aver formulato il concetto esatto del patrimonio, che non si deve desumere dalla successione ereditaria; ma rivendichiamo ad esso anche un altro vanto: di aver contribuito a foggiare nell'epoca di mezzo questo preteso concetto germanico. I germanisti insegnano che nell'antico diritto germanico l'erede non è punto obbligato al pagamento dei debiti, che questi si estinguono con la morte, che soltanto in seguito i creditori poterono soddisfarsi, ma sui soli beni mobili. Donde derivò l'idea molto più tarda che l'erede è tenuto al pagamento dei debiti sino all'ammontare dell'asse ereditario, donde la massima *wer erbt der zahlt*, se non dall'influenza dei principî romani? Essi costruirono qui in un terreno vergine, in cui non dovevano rispettare vetuste costruzioni, il concetto pratico, moderno della successione ereditaria.

Ammesso che l'erede è un subbietto in cui trapassa un patrimonio oramai separato dalla persona del defunto, tutte quelle conseguenze che abbiamo enunciate svaniscono da sè.

Si deve provvedere a cancellarle dal codice in cui sono enunciate o presupposte, ma il cancellarle non lascia lacune, non genera incongruenze.

Esaminiamo infatti le conseguenze del nuovo principio, come esse vengano a porsi in antitesi con le conseguenze riconosciute e come è possibile eliminare dal codice quel vieto ordinamento.

1° Se l'erede non è che l'acquirente di un patrimonio, questo patrimonio, il quale apparteneva ad un altro subbietto, ed era in prima linea costituito a garanzia de' suoi creditori, va epurato dei debiti: l'erede deve su di esso soddisfare i creditori e precisamente coi mezzi che il patrimonio fornisce, non co' suoi mezzi, sia pur nella misura del patrimonio ereditario, cioè *cum viribus*, non *pro viribus*, secondo la formula tradizionale.

Questa conseguenza discende tanto logicamente dal concetto che non vi sarebbe forse bisogno di modificare nessun articolo del Codice per introdurre il principio nuovo, perchè le proprie sostanze o la parte delle proprie sostanze, di cui si parla in varî articoli (Cod. civ. it., art. 759), significano regolarmente il patrimonio netto, ed anche l'universalità o la quota dei beni, secondo la formula dell'articolo 760, non significano se non per tradizione e per convenzione il subentrare nei debiti *ultra vires*. Se queste dichiarazioni fossero fuori della materia ereditaria non s'intenderebbero in simil guisa. È soltanto la deroga stabilita dal beneficio d'inventario al principio attuale che verrebbe ad esser modificata. Divenendo principio regolare, il beneficio dell'inventario come tale non avrebbe più ragione di essere. Soltanto, ad evitare la confusione materiale del patrimonio del defunto con quello dell'erede potrebbe esser concesso, a ciascun creditore, il diritto di chiedere la confezione dell'inventario. Gli art. 954-969 dovrebbero essere aboliti in quanto regolano l'inventario come facoltà dell'erede e mantenuti con opportune modificazioni, in quanto porgono la disciplina ed i termini dell'inventario stesso.

2° La divisione dei debiti *ipso iure* tra i varî eredi non ha luogo naturalmente. Se il patrimonio del debitore e non la sua persona è la garanzia de' suoi creditori, poco importa che esso sia acquistato in comune da più subbietti, avvenga questo trapasso vivente la persona del debitore o a cagione della sua scomparsa. Quindi gli art. 1017-1031 cadono; anche la teoria delle obbligazioni divisibili ed indivisibili, il più tremendo viluppo del diritto civile, cade, o si riduce nelle forme più semplici, poichè tutti gli irti problemi relativi hanno per centro, come rivelano i singoli articoli del Codice, la forzosa divisione tra i coeredi. Pertanto anche gli articoli 1202-1208 Cod. civ. dovrebbero esser aboliti o surrogati da semplici dichiarazioni generali. Io credo che al riguardo (ma il punto è propriamente estraneo al nostro tema) gioverebbe, con un ritorno ai concetti romani e conforme al diritto commerciale odierno, estendere il concetto della solidarietà, e nel dubbio presumere sempre la solidarietà della obbligazione tra i più coobbligati, anche quando essa è perfettamente divisibile. Ma tornando al tema nostro, la divisione dei debiti tra coeredi, il più vetusto e violento rimedio contro l'esagerazione dell'onere imposto agli eredi, non avrebbe più ragion d'essere, allorchè quest'onere grava sulla eredità e non ne oltrepassa le forze.

3° Il caso dell'insolvenza dell'uno dei coeredi, che ora danneggia il creditore anche in un'eredità perfettamente solvibile, non verrebbe in considerazione, perchè i creditori conservano il loro credito intiero su tutto il patrimonio ereditario.

4° Il patrimonio dell'erede e il patrimonio del defunto non dovrebbero esser confusi giuridicamente in una massa unica prima della liquidazione dei debiti. Certamente la confusione materiale potrebbe attuarsi; se non che ai creditori dovrebbe esser concesso il diritto di farla cessare in ordine ai beni che trovansi ancora nelle mani dell'erede, chiedendo l'inventario o iscrivendosi per la separazione, e a tal uopo le norme relative sancite, cioè gli art. 1054-1065

Cod. civ., potrebbero esser mantenute, almeno per ciò che concerne la procedura della separazione.

Quanto ai creditori dell'erede, cui ora è iniquo non accordare questo beneficio, essi non ne avrebbero alcun bisogno, perchè l'erede stesso non sarebbe in massima responsabile dei debiti del defunto co' suoi proprî beni.

5° Una volta stabilito il principio che i creditori del defunto serbano la loro garanzia sul patrimonio del defunto, ne discende logicamente la necessità di ordinare una procedura di concorso tra i creditori. Quindi il vessatissimo art. 2063 Cod. civ., il quale sancisce che la separazione dei patrimoni non giova se non a coloro che l'hanno domandata, dovrebbe esser precisamente mutato in senso radicalmente contrario, che la separazione ha luogo di diritto e quindi, chiesta o non chiesta, giova a tutti quanti i creditori e li pone, salvo diritti speciali di preferenza, in condizione eguale pel soddisfacimento dei loro diritti.

6° Considerato l'erede alla stregua di un qualunque acquirente, discende pure logicamente dal principio che la buona o la mala fede, in ordine al possesso delle cose del defunto che in lui trapassano, dev'essere stimata nella sua persona e conforme alla realtà delle cose. Quindi la differenza stabilita nell'art. 693 tra la *successio in possessionem* e l'*accessio possessionis* dovrebbe essere cancellata. È una tendenza che io credo di scorgere già nella compilazione giustinianea. L'articolo sarebbe ridotto al secondo alinea eliminando la restrizione « a titolo particolare » e suonerebbe così: « Il successore può unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti ».

*
* *

Io richiamo brevemente le legislazioni che si sono poste nella via indicata.

Delle legislazioni indipendenti dalla tradizione romana le più importanti sono al riguardo la legislazione inglese

e la legislazione americana dei paesi di stirpe anglo-sassone. Il diritto inglese non ha mai accolto il principio romano dell'illimitata responsabilità. L'erede non subentra punto nella posizione stessa del suo predecessore, anzi questo concetto riesce strano agli autori di diritto inglese (1). Ma il patrimonio del defunto è in prima linea destinato al soddisfacimento dei creditori del defunto e l'attivo che residua è acquisito all'erede.

Similmente in antitesi al Codice civile austriaco le consuetudini ungheresi respingono la successione nella posizione giuridica e nella responsabilità *ultra vires* (2).

Delle legislazioni cresciute sotto l'influenza del diritto romano il primo Codice che abbandonò il principio della successione *ultra vires* fu il Codice prussiano, il quale sancì la presunzione di diritto del beneficio d'inventario, cui si doveva espressamente rinunciare, qualora l'erede intendesse di pagare i debiti anche del proprietario. Seguì il Codice sassone con la sanzione pura e semplice che l'erede è tenuto fin dove giungono le forze dell'eredità.

La successione *ultra vires* e la confusione dei patrimoni sono anche eliminate nel Codice messicano.

Il più largo ed accurato regolamento in proposito è quello stabilito dal recente Codice civile germanico. Il sistema di questo Codice dimostra come i risultati di tutti i miei studî, cresciuti su base storica e in parte archeologica, corrispondessero, in ultima analisi, ai bisogni del commercio e della vita odierna, ad una valutazione esatta della realtà. I vizî del sistema classico sono eliminati nel Codice civile germanico, il quale ha sancito la responsabilità limitata, la separazione dei patrimoni, il concorso nella liqui-

---

(1) Degno di essere meditato è il modo col quale il Kent (*Commentaries on american law*, Boston 1896, 4ª ediz., vol. IV, pag. 329) espone e giudica il diritto ereditario di Roma (V. *Scritti giuridici*, I, pag. 200-201, n. 1).

(2) Cfr. in proposito *Riv. di dir. internazionale*, diretta da A. Ricci e D. Anzillotti, vol. I, 1906, pag. 87 e seguenti.

dazione del passivo; ma nondimeno perdurano incertezze ed oscurità, che il legislatore avrebbe forse potuto evitare, qualora non avesse avuto il terreno ingombro da superstizioni tradizionali.

*
* *

Sotto l'aspetto etico una stridente contraddizione con l'assetto sociale odierno, una di quelle contraddizioni che fanno pensare quanto poco nella realtà il diritto prosegua le correnti reali della vita, è rappresentata dall'ordinamento della successione intestata. La successione intestata si estende nel nostro diritto sino al 10° grado di parentela (Codice civ. it., art. 781) ed è parso già di far molto restringendola a questo grado di fronte al Codice francese, che serba il limite del 12° grado. Quest'ampia successione dei collaterali è nel campo sociologico il punto più contrastato del sistema successorio, giacchè è tal vizio che non ha bisogno dell'analisi del giureconsulto per esser rivelato al pubblico, ma anche il profano lo può misurare con l'occhio. È, si può dire, questo il punto vulnerabile della successione legittima di fronte agli attacchi radicali delle scuole socialistiche. La critica si è esercitata sotto questo aspetto in tempi recenti in modo così penetrante, il sentimento dello stato anormale si è diffuso in una così larga cerchia di persone che ci si permetterà di essere brevi, riassumendo le ragioni più gravi che furono addotte, alle quali soggiungiamo ragioni d'ordine giuridico che sfuggono ai sociologi.

Anzitutto ci giova rilevare anche al riguardo come le considerazioni che suscita la storia e la tendenza dell'evoluzione si combinano pur sempre con le ragioni della vita attuale. È strano precisamente che la nostra legge estenda il diritto di successione sino al 10° grado e la francese al 12°, quando il diritto classico di Roma, nonostante una compagine familiare certamente più salda, e le tradizioni più prossime della primitiva organizzazione gentilizia, non l'ammetteva oltre il 6° grado. Si tratta nuovamente di un ramo del

diritto, in cui non solo noi non abbiamo progredito, come era pure dover nostro di fare, non abbiamo seguìto quell'al di là del diritto romano, che è la missione del giurista moderno, ma abbiamo indietreggiato sull'antico diritto romano.

Se non che, lasciando pure da parte questa considerazione, certo è che l'antica famiglia patriarcale, la quale comprendeva un'organizzazione così vasta e così intimamente congiunta, è oggi, anche nei centri agricoli più conservatori delle vetuste consuetudini, scomparsa. Oltre i fratelli e sorelle, per lo meno oltre i cugini, il vincolo di comunanza familiare e di solidarietà parentale è un mito, se pur precisamente le ragioni successorie non vengano ad avvicinare per la prima volta in rapporti ostili parenti, che prima della morte dell'ereditando non si conoscevano. Si è osservato che il linguaggio stesso, questo specchio dei nostri sentimenti, riflette lo stato reale delle cose. I cugini segnano il limite a cui la parentela ha un nome: al di là di questo limite essa è rappresentata dall'astrazione matematica del grado. Fu osservato altresì che il diritto di successione è in contraddizione con l'obbligo agli alimenti, cui dovrebbe esser correlativo. Infatti l'obbligo agli alimenti non è sancito al di là dei fratelli e sorelle germani, e anche in ordine ai fratelli e sorelle germani è disposto in guisa molto restrittiva. Si propose persino di estendere l'obbligo degli alimenti tra collaterali per eliminare questa contraddizione, che è quasi, mi si permetta l'espressione, una critica interna dello stesso sistema legislativo; ma si dovette arrestarsi davanti all'enorme assurdità del risultato (1). Si è rilevata infine un'altra contraddizione interna dello stesso legislatore. La successione stabilita nelle case popolari con la legge 31 maggio 1893 presuppone una cerchia ristretta di parenti nella quale il sentimento dell'unità familiare sia vivo (2).

---

(1) Cfr. in proposito specialmente Polacco, *Gli inabili al lavoro e l'obbligazione alimentare tra congiunti*, nella Rivista *La scienza del diritto privato*, Firenze 1893.

(2) Cfr. cap. 8, specialmente art. 24.

Il vizio più grave per avventura è, a mio avviso, la contraddizione del sistema con gli interessi della vera famiglia odierna. Se l'antica famiglia patriarcale è scomparsa, esiste al dì d'oggi (e a ciò che esiste si deve guardare) la famiglia dei genitori e figli, ascendenti e discendenti. Se lo Stato troncasse il diritto di successione intestata (ben inteso che con ciò non si tocca la questione testamentaria) dei collaterali più remoti, la riforma certo farebbe più sorridere che fremere gli ereditandi, che sentono intorno a sè l'alito di cupe e ripugnanti speranze. Ma se toccasse la successione dei figli ai genitori, i genitori stessi si sentirebbero più violentemente rivoltati contro una simile riforma che non l'individuo toccato direttamente nel suo patrimonio. Al di là della vera famiglia la successione è un puro lucro; entro la vera famiglia in condizioni normali l'apertura della successione è tutt'altro che un evento lieto, perchè la morte del padre, capo di famiglia attuale, rappresenta anche economicamente una sciagura per i figli. Ma nella vera famiglia odierna parte integrante è il coniuge: dovrebbe quindi, se la legge fosse lo specchio della vita, anzichè delle nostre tradizioni e delle nostre superstizioni, aver garantita una posizione superiore a tutti i collaterali. Invece soltanto in difetto del sesto grado, ed è parso molto! il coniuge succede per intiero. E mi sia lecito di nuovo un confronto poco lusinghiero per noi collo stato delle cose nel diritto romano. Spuntò nell'epoca di Augusto, probabilmente per motivi accidentali e dubbî che si ricollegano alla celebre legislazione matrimoniale di questo imperatore, il divieto delle donazioni tra coniugi. Questo divieto fu disciplinato peraltro dalla giurisprudenza romana in una maniera molto riguardosa: sancite molte eccezioni, tenuto conto dell'arricchimento o dell'impoverimento in guisa che molte donazioni erano salve. Sovrattutto si riconobbe che qualora il coniuge non avesse in vita revocato la donazione, essa s'intendeva convalidata. La sapienza romana ragionava all'uopo in guisa molto semplice ed elevata: « Si penta pure colui che ha

donato; ma che l'erede, forse contro la suprema volontà di lui, strappi al coniuge superstite la cosa donata, *durum et avarum esse* (1) ». Si aggiunga infine l'immensa popolarità, le profonde radici del testamento in Roma, per cui, come è risaputo, il cittadino romano sentiva un vero orrore (sentimento quasi inconcepibile per noi) di morire intestato, e l'uso regolare, attestato così dalle fonti letterarie come dalle fonti giuridiche, di provvedere per testamento alla posizione del coniuge superstite. Si consideri ora il diritto moderno. L'orrore del cittadino romano di morire intestato ha fatto luogo al terrore puerile di accelerarsi la morte col testamento, il divieto delle donazioni tra coniugi è divenuto un atroce regime che non ammette, come nel diritto romano, la convalescenza per morte, che non ammette il correttivo di numerose eccezioni, nè il limite dell'arricchimento, nè è temperato dalla consuetudine delle donazioni *propter nuptias*, e permette ad un cugino lontano e sconosciuto di spogliare il coniuge financo degli oggetti di suo uso personale e talora anche di sua proprietà prima del matrimonio, se non riesca a dimostrarla (2).

Una riforma in senso radicale della successione legittima non nuoce dunque agli interessi della vera famiglia, ma può

---

(1) L. 32, § 2, Dig. *de d. i. v. et u.*, 24, 1.

(2) [Alludo ad un fatto reale. Una elevata signora, che per impulso di pietà e istinto di delicatezza non volle indurre suo marito a far testamento nell'ultima sua malattia, si vide spogliata anche del pianoforte che possedeva da fanciulla. *Vigilantibus iura*, si dirà, e infatti debbo convenire ch'ella resistè a consigli molto *pratici;* ma in tal caso quella massima significa: il diritto è per gli sciacalli. Capisco: il conservatore tipico, che, come il notaio aguzzino di Renzo, per ogni tristo fatto ha le sue brave giustificazioni, troverà che tutto è da sopportare, e a mutare c'è pericolo sempre; quanto a me io credo che la « lotta pel diritto » abbia un senso pel suo movimento mediante gli organi di creazione più che pel suo riconoscimento nei tribunali, che la legge non debba trapassare nelle nuove generazioni « come un'eterna malattia », ma debba quanto è più possibile corrispondere alle finalità del presente, non del passato. La storia deve segnare le differenze tra le une e le altre, aiutare l'evoluzione delle forme, non immobilizzarle].

piuttosto giovare ad essa. La successione nel ramo dei collaterali dovrebbe cessare al 4° grado, o, se si vuol fare una concessione alle tradizioni e al puro spirito conservativo, al 6° grado. Se la riforma sarà sprone a testare, anche questo risultato si può considerare un benefizio; le affezioni reali, gli istituti pubblici destinati al bene della collettività non ne avranno che a guadagnare.

Come sempre avviene in una sana evoluzione giuridica, le ragioni etiche collimano pienamente con le ragioni del lavoro. Il gruppo familiare odierno è pur sempre, come l'antico, un'unità etica ed economica: si può ben supporre che i varî membri della famiglia abbiano contribuito col lavoro alla costituzione della proprietà e della ricchezza comune. Entro questa sfera il diritto adunque ha sempre una forte base etica ed economica, è un diritto naturale nel senso schietto in cui questo concetto intendevano i Romani, cioè basato sulla realtà delle cose. Al di là di questa sfera abbiamo un puro dono di fortuna e se si può ritenere che non vi abbia dono di fortuna quando concorra effettivamente la volontà del donante, com'è nel testamento. esso è ben tale ed è tanto più immorale, quando la causa pura e semplice dell'acquisto è la morte, mentre la presunta volontà del defunto non è altro oramai che un'invenzione dottrinale. Entro questa sfera finalmente, cioè di fronte alla vera famiglia soltanto, sarebbe giusto di sancire l'incapacità dei figli adulterini e incestuosi, che nei confini attuali è così repugnante e violenta e indusse un illustre uomo di Stato a un atto che parve egoistico ed era suggerito dalla pietà paterna.

Noi dobbiamo difendere la proposta contro una facile accusa o una dubbia lode: che la restrizione della successione intestata sia una concessione ed un avviamento al socialismo. Negare diritti che sono stati esagerati appunto in un'epoca in cui non hanno più nè base nè giustificazione non è socialismo più di quello che sia individualismo il mantenere ad ogni costo le reliquie storiche di migliaia

d'anni indietro: è la pura applicazione del principio che il diritto attuale deve corrispondere alle funzioni attuali. Argomento estrinseco n'è pure il fatto che, abolita quest'ampia successione, si viene a restituire l'armonia legislativa ormai turbata: ovunque infatti il legislatore moderno prende a base il rapporto parentale, è alla vera famiglia che ha riguardo: così agli ascendenti, discendenti, coniuge è proibito chiedere la dichiarazione di fallimento del proprio congiunto. Anche nella legislazione sfrondare i rami inutili giova a salvare il nocciolo sano. La successione dei collaterali è un anacronismo, e non si può sostenere se non con quel puro spirito conservativo, il quale ritiene che tuttociò che esiste abbia una ragione di esistere.

*
* *

Il sentimento di una riforma della successione legittima, come dicevamo a principio, è talmente penetrato nella coscienza che, nonostante la ripulsione dei nostri legislatori ad ogni idea di modificazione del Codice civile, qualche voce si è fatta udire nelle aule stesse del Parlamento. Anzi la tendenza alla restrizione si può ripigliare ben da lungi. Nel progetto Pisanelli del Codice civile la successione intestata era limitata al nono grado, adducendosi il motivo che al di là di questo grado le prove della parentela sono difficili e si affievoliscono i sentimenti di affezione tra persone che per lo più non si conoscono. Ai congiunti lontani, osservava già il relatore del Codice civile, l'avvenimento della dissoluzione della famiglia, che germina il diritto alla successione, torna quasi straniero: il diritto ai beni non trova neppure fondamento in alcuna reciprocanza di doveri. Fu il progetto del Senato ad elevare il limite al 10° grado e ciò per una pura ragione desunta dalla tradizione; e nondimeno la stessa relazione del Senato invocava gravi considerazioni a favore del limite: « Allungate di fatto la successione collaterale infino ai lontani congiunti separati per

lungo corso di tempo dal loro autore e voi non incontrerete più nè la presunta volontà dell'uomo, nè le legittime aspettative dei successibili ».

Nel progetto dell'onorevole Luzzatti relativo alle case popolari, questa successione speciale si proponeva che fosse limitata al 4° grado. Riguardo al coniuge superstite una voce autorevole si levò dal campo della scienza, quella di Francesco Filomusi-Guelfi, il quale in una lettera diretta al prof. Codacci-Pisanelli da comunicarsi al Luzzatti, presidente della Commissione, proponeva che si stabilisse la sua quota in usufrutto in concorso coi discendenti legittimi e che fosse preferito nella successione a tutti gli altri eredi, succedendo quindi nell'intiera casa popolare. Nella stessa discussione venne avanzata dal ministro Carcano l'idea di limitare generalmente la successione dei collaterali al 6° grado (*Atti parlamentari*, Camera dei deputati, legislatura XXI, sessione II, 1903, pag. 6863).

Noi crediamo in conclusione che i tempi siano veramente maturi per una riforma, ed ai sostenitori della tradizione non cesseremo di opporre una tradizione ben più gloriosa e nostra: quella del diritto romano che limitava la successione dei congiunti al 6° grado.

XIX.

Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile (1).

BIBLIOGRAFIA.

RIGHINI, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, 1869; LEVI, *Della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede specialmente nei rapporti che ne risultano tra i creditori del defunto e quelli dell'erede*, Prato 1875; TARTUFARI, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (*Archivio Giur.*, 1876, vol. XVI, pag. 113); RABBENO, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (*Gazz. Trib.*, pag. 121, Milano 1877); MELUCCI, *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, Torino, Unione Tip.-Editrice Torinese, 1878; ID., *Sulla procedura della separazione dei patrimoni* (*Foro Ital.*, 1878, I, 1197); SAIYA, *Degli effetti della separazione del patrimonio nel caso che l'eredità sia divisa tra gli eredi* (*Filangieri*, 1878, pag. 548); CUZZERI, *Degli effetti dell'iscrizione per separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (*Gazzetta legale*, 1879, pag. 393; *Temi Ven.*, 1880, pag. 45, e *Gazz. Trib.*, 1881, pag. 558); TIEPOLO, *Della nuova fase del diritto successorio e de' suoi rapporti colla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (*Monit. Trib.*, pag. 712); CASTIGLIONE, *Del concorso di creditori separatisti e creditori non separatisti in un'eredità beneficiata ed in un'eredità pura e semplice* (*Foro Ital.*, 1887, I, 1074; *Mon. Trib.*, 1887, 801); MIRABELLI, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (*Diritto dei terzi*, Torino 1889, pag. 683, e *Dir. e Giur.*, 1888, IV, 169); TASSI, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; quale sia il carattere di questo istituto giuridico* (*Arch. Giur.*, 1888, vol. XLI, pag. 150); LOSANA, *Studî sulla separazione di patrimoni* (*Temi Ven.*, 1888, pag. 85); ID., *Alcune riflessioni in tema di separazione di patrimoni* (*Rolandino*, 1889, pag. 305); ID., *La separazione dei patri-*

(1) Dal *Dig. Ital.*, voce *Separazione*, con notevoli ampliamenti, osservazioni e postille.

moni e l'accettazione delle eredità beneficiate (*Rolandino*, 1890, pag. 191); SANSONETTI, *Effetti della separazione dei patrimoni nei rapporti tra il creditore che l'ha domandata e gli altri creditori del defunto che non l'hanno domandata* (*Foro Ital.*, 1890, I, 64); TERRASIA, *Il creditore chirografario del defunto che abbia ottenuto la separazione dei patrimoni non ha diritto di ottenere l'integrale pagamento del suo credito assorbendo in tutto od in parte quella somma che nelle procedure del contributo sarebbe spettata agli altri creditori chirografari dell'eredità* (*Mon. Pretori*, 1891, pag. 693); LOSANA, *La separazione dei patrimoni: nuovi riflessi ed appunti* (*Giur. Ital.*, 1892, IV, 109); GABBA, *Questione intorno alla separazione dei patrimoni* (*Id.*, 1893, I, 2, pag. 311); MONDELLI, *Il beneficio della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede non si estende a quello dei creditori che non l'hanno domandato* (*Massimario*, 1893, pag. 25); STELLA, *Se occorrendo la separazione dei patrimoni col beneficio dell'inventario spetti ai creditori separatisti preferenza sui non separatisti, ovvero se il fatto dell'accettazione beneficiata ingeneri fra tutti i creditori del defunto nuova condizione anche quando alcuni soltanto di essi abbiano ottenuta la separazione* (*Antologia Giur.*, 1895, vol. VIII, pag. 483).

[*Scritti posteriori.* — LOSANA, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, 1898, ed ora in 2ª ediz., 1914 (che riassorbe varî contributi speciali dell'autore sul tema); BAVIERA, *Storia e teoria della* separatio bonorum *nel diritto romano* (*Studî e documenti di storia e diritto*, vol. XX, 1899, I, 1-59); FERRINI, *Appunti sulla* separatio bonorum (*Arch. Giur.*, vol. LXIII, 1899, pag. 544-549: è una recensione larga dello scritto precedente del BAVIERA); BAVIERA, *Il* commodum separationis *nel diritto moderno*, Bologna 1901 (nella parte romanistica è il lavoro precedente dello stesso BAVIERA in 2ª ediz.); SOLAZZI, *Il diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell'erede* (*Bull. dell'Ist. di diritto romano*, vol. XI, pag. 248 e seg., vol. XIII, 1901, pag. 247 e seg.); GIRIODI, *Effetti della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede* (*Legge*, 1901, I, pag. 253); GATTI, *Se i creditori del defunto i quali domandano la separazione del patrimonio del defunto abbiano un diritto di prelazione su quelli da cui non fu chiesta* (*Riv. Univ.*, 1902, pag. 132); FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Napoli 1902, II, pag. 353 e seg.; DE LUCA, *Il concorso dei creditori e legatari separatisti con i non separatisti*, Torino 1903; BONELLI, *Il fallimento e la separazione del patrimonio del defunto* (*Rivista di dir. comm.*, II, 1904, parte I, pag. 1); MORTARA, *Nota alla sentenza della Corte di Cassaz. di Roma*, 14 *dicembre* 1903 (*Id.*, parte II, pag. 1); OLIVIERI, *La separazione dei patrimoni: effetti nei rapporti tra creditori separatisti e non separatisti* (*Foro Ital.*, 1904, I, pag. 1221); ID., *La separazione del patrimonio del defunto e il fallimento* post mortem (*Riv. di dir. comm.*, vol. II, 1904, parte I, pag. 227 e seg., vol. IV, 1906, parte I, pag. 75 e seg.); PASSAMONTI, *Se l'ipoteca di un creditore iscritta dopo la morte del debitore possa esser vinta dalla separazione dei patrimoni iscritta posteriormente da un altro creditore* (*Legge*, 1906, pag. 1470); GATTI, *L'accettazione*

dell'eredità con beneficio d'inventario in correlazione alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede (*Rivista Univ.*, 1906, pag. 149); Dusi, *Addizione alle Successioni di Baudry-Lacantinerie e Wahl*, vol. III, ediz. Vallardi; Palmieri, *La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede è causa legittima di prelazione?* (*Legge*, 1910, pag. 1861); Corte-Enna, L'animus novandi *e l'art.* 2056 *del Codice civile* (*Rivista di dir. civ.*, vol. IV, 1912, pag. 808 e seguenti)].

Capo I. — **Generalità.**

1. Fondamento e scopo della separazione. — 2. Carattere giuridico del diritto di separazione nel diritto romano. — 3. Diritto civile. Teoria della separazione vera. — 4. Prelazione. — 5. Diritto reale, ipoteca e privilegio. — 6. Nostra opinione.

1. Il *Corpus iuris* dedica alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede un titolo speciale nel Digesto (42, 6) e un titolo speciale nel Codice (7, 72): entrambi nell'ordine del procedimento esecutivo, conforme all'editto del Pretore, ove la separazione aveva il suo posto precisamente nel regolamento della *bonorum venditio* (titolo *quemadmodum bonorum emptor vel contra eum agatur*), e precisamente della *bonorum venditio* relativa ai beni del defunto, accanto all'*actio serviana* (1).

Il Codice civile italiano, enunciato in generale il diritto dei creditori o legatari alla separazione, sotto la rubrica del pagamento dei debiti, che incombe all'erede (art. 1032), vi dedica un titolo speciale che è il titolo XXIV del libro III, il quale segue immediatamente l'ampio titolo dei privilegi e delle ipoteche, e precede il titolo della pubblicità dei registri e della responsabilità dei conservatori.

La designazione dell'istituto, conforme alle fonti romane, è quella di separazione dei patrimoni, *separatio bonorum*. Nell'uso è divenuto familiare tra i romanisti il termine di benefizio della separazione, che stabilisce un parallelismo

(1) Lenel, *Edictum perpetuum*, 2ª ed., 1907, pag. 44, capo IV, § 4, e pag. 417, § 223.

col *beneficium inventarii* di Giustiniano ed è nella sostanza un termine adeguato, almeno per diritto giustinianeo. Il Baviera usa la designazione di *commodum separationis*, dalla quale intitola anche il suo studio sull'argomento, designazione che si trova bensì nelle fonti (Gaii, II, 155; Ulp., L. 1, § 10, *h. t.*, 42, 6), ma non ha alcun valore tecnico.

Scopo della separazione dei patrimoni è di evitare ai creditori del defunto il danno nascente dalla confusione dei due patrimoni nella persona dell'erede. Il patrimonio dell'erede è oberato di debiti, il patrimonio del defunto capace di soddisfare i creditori del defunto o ad ogni modo non così oberato come quello dell'erede; ora la confusione, facendo che i debiti del defunto e dell'erede gravino sui due patrimoni ormai fatti uno solo, genera un concorso che può essere rovinoso ai primi. È una posizione inaspettata ch'essi, avendo seguìto la fede del defunto e calcolato sul patrimonio di lui, non avevano assolutamente previsto. Devono essi ad ogni morte di debitore temere le conseguenze d'un fallimento, senza poter correre al riparo?

A parte poi gli inconvenienti d'ordine secondario: i diritti e crediti del defunto verso l'erede si estinguono per lo stesso motivo della confusione, le obbligazioni si dividono tra più eredi, i creditori non hanno sui legatari alcuna preferenza, e finalmente l'erede, che ha piena libertà d'alienazione, può in brev'ora dissipar tutte le sostanze ereditate.

Sul fondamento razionale dell'istituto della separazione è pertanto inutile addentrarci. Ciò che v'ha di men razionale è l'ordinamento generale della successione, contro il quale il legislatore è costretto a reagire.

Si fa ricorso per vero all'equità per la separazione implorata dai creditori, al rispetto della volontà del defunto per la separazione dei legatari. Il fatto è che per gli uni e gli altri è la pura e semplice giustizia, l'*aequitas* nel senso romano, che s'impone. I creditori ed i legatari hanno diritto di non essere frustrati nella fede riposta nel defunto o nell'aspettativa loro concessa da questo, hanno diritto di veder

attuato a loro favore il principio che il patrimonio del debitore è la garentìa de' suoi creditori.

La *successio in ius*, per cui è sottratta al creditore la garentìa patrimoniale e sostituita da un uomo, potrà sostenersi che sia un elevatissimo principio morale, ma nel credito e nel commercio giuridico odierno, chi ben guardi, essa ha tutti i caratteri di un'originale istituzione, e il beneficio della separazione non fa che restituire lo stato di cose che sarebbe nello spirito della società e del diritto moderno l'ordinamento naturale.

2. Quanto al carattere giuridico dell'istituto nel diritto romano, esso, conforme al suo nome, consiste nella costituzione di una massa distinta di beni che si conserva come un organismo a sè, destinato a questo scopo del soddisfacimento dei creditori. È una figura non rara nel diritto romano il vedere incentrati più patrimoni con distinte regole e passività in una stessa persona: è la figura che assume il regime dei peculî, quella che assumono il fisco, il *patrimonium principis*, le istituzioni alimentari, l'*institutio ex re certa* per lo meno in alcune applicazioni (L. 17, § 1, D., 29, 1), quella che assume la cosiddetta fondazione e anche la *causa pia* dello stesso diritto giustinianeo, il cui patrimonio è pur sempre congiunto ad una persona o ad una corporazione.

L'erede è titolare delle due masse di beni, ma esse non si confondono. La *bonorum venditio* avviene in suo nome, ma è distinta dalla *bonorum venditio* che avviene circa i suoi beni proprî.

A questa concezione si è opposto il Baviera (1); ma egli si è lasciato fuorviare dallo spirito del diritto moderno nell'interpretare le fonti romane.

Per lui la separazione, anche nel diritto romano, non implica la costituzione di due masse patrimoniali, non elimina la confusione, ma è soltanto la costituzione di un diritto di

(1) *Commodum separationis*, pag. 65 e segg., pag. 71 e seguenti.

prelazione sopra una determinata categoria di beni spettanti all'erede. Le fonti, osserva il Baviera, parlano sempre di poziorità, cioè preferenza dei creditori del defunto rispetto ai creditori dell'erede; l'adizione dell'eredità non è rescissa, la separazione non è vera *separatio*, ma *quasi separatio*, e la *bonorum venditio* è nella realtà una sola, benchè la preferenza faccia credere che siano due: il *quasi* stesso (*quasi duorum bonorum venditionem*) lo indica, in quanto esso è relativo a *bonorum* e nega che vi sieno due patrimoni.

Ora, che l'adizione non sia rescissa e che sui beni del defunto i suoi creditori abbiano un diritto di prelazione è certo, nè questi sono argomenti contro l'ammissione di una vera separazione, perchè noi non neghiamo che i due patrimoni siano incentrati entrambi nella persona dell'erede e che, soddisfatti i creditori del defunto, i creditori dell'erede possano pretendere al residuo, se ve ne ha. Ma la separazione è altresì una costituzione di due masse distinte. Essa è sempre chiamata con questo termine, e la *quasi separatio* compare soltanto nella L. 1, § 6, testo interpolato, in cui non si tratta di separazione, ma di *restitutio in integrum*, in cui cioè l'adizione stessa si rescinde e la somiglianza col nostro istituto è tutta estrinseca e funzionale. Quanto alla dichiarazione di Ulpiano nella L. 1, § 2 (*quasi duorum fieri bonorum venditionem*), essa non significa che si esegue una sola *bonorum venditio*, poichè il *quasi* è relativo al titolare, che è in realtà uno solo (1), non alle *venditiones* e molto meno ai *bona* (*duorum bonorum* è locuzione impossibile). Il giureconsulto dichiara che l'esecuzione è distinta sulle diverse masse di beni, come se si trattasse di due diversi debitori. Dal punto di vista pratico, poi, il Solazzi (2) ha dimostrato esaurientemente l'impossibilità,

(1) Cfr. L. 17, § 2, Dig. *de test. mil.*, 29, 1: « quasi duorum hominum hereditates intellegi ».

(2) *Ancora del diritto dei separatisti, ecc.* (*Bull. dell'Ist. di diritto romano*, vol. XIII, 1901, pag. 248 e seguenti).

dato il meccanismo della *bonorum venditio*, di un'esecuzione cumulativa sui beni del defunto e sui beni dell'erede ed eliminato le obbiezioni processuali del Baviera. Infine l'ordinamento stesso dell'editto impone che a quel punto si parlasse di esecuzione indipendente e specifica dei *bona mortuorum*.

3. Nel diritto civile le teorie fondamentali che si contrastano il campo sono le seguenti: 1° la separazione è quello che il nome indica, e quello che era in diritto romano: vera separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede; 2° la separazione è una causa di prelazione a favore dei creditori del defunto sui beni del defunto; 3° la separazione è una duplice causa di prelazione, dei creditori del defunto sul patrimonio del defunto e dei creditori dell'erede sul patrimonio dell'erede; 4° la separazione è una garentìa o vincolo reale *sui generis;* 5° la separazione è un'ipoteca sui beni immobili, un privilegio sui beni mobili.

Separazione vera, prelazione, diritto reale sono in sostanza i tre concetti dominanti.

La dottrina romana della vera separazione, respinta quasi unanimemente dagli scrittori francesi ed italiani, è stata risuscitata di recente pel Codice civile italiano dal Losana (1). Oltrechè dal nome dell'istituto, e dall'articolo 2056, il quale, attribuendo alla novazione, come in diritto romano, l'effetto di escludere il diritto di separazione, par che venga implicitamente a riconoscere che, data la separazione, l'erede non è debitore, il Losana argomenta per la sua tesi dalla disposizione che la domanda di separazione non si dirige contro i creditori dell'erede, come in diritto francese, bensì contro i legittimi rappresentanti dell'eredità, senza che neppure rilevi se questa sia stata o non sia stata accettata (art. 900 Cod. di proc. civ., art. 2060 Cod. civile), appunto perchè essa ha per

---

(1) Losana, *Temi Veneta*, 1888, pag. 85; *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Torino 1888, pag. 290; *Giurisprudenza Italiana*, 1892, IV, pag. 109.

oggetto non l'acquisto di una semplice guarentigia, ma la conservazione del patrimonio del defunto in entità autonoma, che vien mantenuta unica debitrice; argomenta inoltre dalla preferenza assoluta, com'egli ritiene, dei separatisti sui non separatisti (articolo 2063), che non è più iniqua se alla loro volta i separatisti sono assolutamente esclusi dal patrimonio dell'erede; e finalmente dal fatto che la separazione si esercita non solo sui beni ereditari, ma anche sul fondo legato (art. 1033).

La reazione di questo forte e indipendente scrittore contro dottrine fallaci e comodamente accolte raggiunge assai spesso il vero così nella nostra materia, come in altre del diritto successorio; ed anche su questo punto l'asserto che la separazione è pur sempre vera separazione, vale a dire che si hanno due patrimoni, non un'unica massa patrimoniale, è un giusto rilievo contro i fautori dell'ipoteca, da cui si pretende negarlo e ritenere tuttavia la confusione ereditaria. Senonchè il Losana attribuisce un'estensione e una portata eccessiva alla idea, quando ritiene che il patrimonio del defunto resti unico debitore, quando insomma elimina totalmente la *successio in ius*, non solo nei riguardi della confusione, ma anche circa il succedere dell'erede nei debiti del defunto. È la dottrina romana rappresentata da Paolo e Ulpiano, per la quale i creditori del defunto, esaurito l'asse ereditario, senza che siano integralmente soddisfatti, non hanno più diritto di rivolgersi per il residuo contro l'erede, che preoccupa e ispira il Losana; ma si vedrà in seguito che la decisione romana deriva da concetti e ordinamenti ora oltrepassati. Ed è vero che la novazione fatta coll'erede esclude il diritto di separazione; ma è questa nel nostro diritto una sanzione espressa, positiva dell'art. 2056, dalla quale, così isolata com'è, non possiamo argomentare nulla, nè è dato altrimenti considerarla che come una disposizione mal formulata di diritto singolare. Quanto all'art. 1033, esso potrebbe essere pel suo contesto argomento a ritenere il carattere ipotecario della separazione; in generale però non prova altro se non che tutto il

patrimonio del defunto, compresi i legati, dev'essere conservato a garentìa dei creditori suoi.

Riguardo alla critica della dottrina avversaria non è che l'argomento capitale per la natura ipotecaria della separazione sia l'art. 2065; se così fosse crediamo anche noi che questa dottrina dell'ipoteca sarebbe bell'e spacciata.

4. Quanto alla teoria della preferenza non si può sotto l'impero del nostro Codice ridurre a questo mero effetto l'istituto della separazione (1). Circa l'idea di una duplice preferenza osserviamo poi che nessuna disposizione assicura ai creditori dell'erede sui beni dell'erede una posizione uguale a quella che ottengono i creditori del defunto sui beni del defunto; chè se si vuol dire che tale posizione è assicurata dal fatto, dalla separazione stessa dei due patrimoni, allora, a voler esser logici, conviene andare più oltre, e ritenere colla dottrina or ora combattuta, che i creditori del defunto, nonchè venire dopo i creditori dell'erede relativamente ai beni dell'erede, non possano assolutamente rivolgersi contro l'erede. Questa dottrina della doppia prelazione è in sostanza la celebre opinione timidamente messa innanzi da Papiniano, illogica in senso opposto così nel diritto romano, come nel nostro (2).

5. La maggior parte degli scrittori ritiene tuttavia che la separazione abbia assunto il carattere di una vera garentìa reale costituente sulle cose un *ius in re*. Soltanto, alcuni figurano tale diritto come una vera ipoteca sugl'im-

---

(1) È la teoria dell'antica consuetudine francese, ritenuta sotto il Codice Napoleone dal Mourlon, *Examen critique et pratique*, n. 305; dal Dollinger, op. cit., pag. 135; dal Merlin, *Rép.*, v. *Séparation;* dall'Aubry e Rau, *Cours de droit civil*, vol. V, pag. 332; dal Toullier e Duvergier, *Droit civil français*, II, n. 548; dal Laurent, *Principes de droit civil*, vol. X, n. 77, ecc.

Se non che nello stesso Codice francese tale opinione mal si regge di fronte agli art. 2111-2113.

(2) V. L. 3, § 2, Dig. *de sep.*, 42, 6.

mobili della successione, un privilegio sui beni mobili (1); altri rifuggono dal proferire la parola ipoteca e intendono piuttosto che la legge abbia stabilito un diritto o un vincolo reale *sui generis* (2).

6. Noi siamo in tesi generale per la dottrina dominante della vera ipoteca e del vero privilegio. La ragione di preferenza, cioè quel *minimum* garantito dalla separazione in ogni sistema, è sancita dalla nostra legge nell'art. 2055. Ma l'art. 2060 dispone che il diritto si esercita riguardo agli immobili mediante iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degli immobili stessi presso l'ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situate. L'iscrizione si esegue inoltre nei modi determinati dall'art. 1987 relativo alle ipoteche. Finalmente l'art. 2065 applica al vincolo derivante dalla separazione dei patrimoni sugli immobili tutte le disposizioni relative alle ipoteche.

Ma l'argomento decisivo per il carattere ipotecario del diritto di separazione sugli immobili è l'articolo 2062: « Le ipoteche iscritte sugli immobili dell'eredità a favore di creditori dell'erede, e le alienazioni anche trascritte degli immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di tre mesi ».

Con ciò il carattere assoluto, di diritto reale, della garentìa è costituito a favore del separatista mediante la difesa assicurata contro i terzi, il così detto *droit de suite*. La lacuna

---

(1) Così principalmente il Melucci, op. cit., pag. 223-225; Mirabelli, op. cit., pag. 25, n. 43; Gabba, in *Giur. Ital.*, 1893, pag. 311.

Nella giurisprudenza: App. Firenze, 22 marzo 1883, Finanze c. Puccinelli ed altri (*Foro Ital.*, 1883, I, 556), relativamente alla tassa da applicare all'iscrizione.

(2) Così il Pacifici-Mazzoni, il Levi, il Righini, il Tassi, ecc. La giurisprudenza inclina di preferenza a questo concetto; cfr. Cass. Torino, 31 dicembre 1880, Morteo c. Cassa di Risparmio di Cuneo (*Foro Ital.*, 1881, I, 780); Cass. Palermo, 11 febbraio 1890, Cassa di Risparmio Vittorio Emanuele di Palermo c. Alfano (*Id.*, 1891, I, 306).

deplorata nel corrispondente art. 2111 del Codice francese, il quale, dichiarando prive di effetto le ipoteche stabilite nei sei mesi a pregiudizio dei creditori del defunto, non faceva motto delle alienazioni e dava quindi in certo modo appiglio alla teoria della mera preferenza, è stata rimediata dalla nostra legge sulle orme della legge ipotecaria belga del 1851 (art. 39).

Il rilevare che la legge non classifica il benefizio della separazione tra i privilegi e le ipoteche (articoli 1956-1962; art. 1969), non ha valore, quando il suo carattere risulta chiaro nel titolo speciale che la legge vi dedica, collocato anche nell'ordine delle materie in così intima relazione coi privilegi e le ipoteche. D'altra parte il benefizio della separazione non è nemmeno menzionato nell'art. 1950 accanto ai privilegi ed alle ipoteche, fra le cause legittime di prelazione, il che proverebbe troppo per qualunque tesi. Il vero è, come risulta dai lavori preparatorî del nostro Codice, che la Commissione, intenta a regolare gli effetti della separazione dei patrimoni, volle riserbato alla scienza il còmpito di determinarne in base agli effetti il carattere. Non altro vogliono esprimere le parole colle quali il Pisanelli combatteva la proposta fatta di annoverare la separazione tra le cause legittime di prelazione: « La separazione dei patrimoni, sia o non annoverata fra le cause legittime di prelazione, produrrà pure sempre l'effetto che le è proprio; cosicchè la fatta proposta non toccherebbe il concetto, ma accennerebbe soltanto ad una questione di forma » (1).

Annoverata la separazione degl'immobili tra le ipoteche, la separazione dei mobili tra i privilegi, la teoria generale di queste vaste materie soccorre nel dubbio l'interprete, e la legge stessa coll'art. 2065 ci indirizza per questa via. Chiamando invece la separazione un diritto *sui generis*, sia pure con carattere reale, noi perdiamo questo filo e ci

(1) *Codice civile* del Gianzana, Torino, Unione Tip.-Editr. Torinese, 1887, vol. III, pag. 365, n. 4.

accontentiamo di un nome vago e di una infeconda costruzione. Che se si vuol dire invece come questa ipoteca abbia alcune regole sue proprie, sia diversa in parte dalle altre, si dice il vero, ma il titolo è male scelto, equivoco, nè d'altra parte occorre nel concetto rilevare le particolarità eccezionali di un istituto.

Giova nondimeno insistere su di un punto che facilmente può essere celato in questa costruzione e perfino rinnegato apertamente. La separazione dei beni opera ancora oggidì una vera separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede a benefizio dei creditori; i crediti e i diritti del defunto rispetto all'erede non si estinguono per confusione, benchè oramai siano rapporti attivi e passivi aventi per soggetto e termine una stessa persona, l'erede. La costruzione del vincolo reale non ha potuto distruggere il carattere originario della separazione, perchè a tenere in piedi il diritto dei separatisti su tutto il patrimonio ereditario importa che questo non si confonda col patrimonio dell'erede. Qualunque sistema il legislatore adotti per l'ordinamento della separazione, questa dev'essere vera e propria separazione nei riguardi dei creditori del defunto, ossia la *successio in ius* colla relativa confusione si deve abbandonare. Sulla base artificiosa della *successio in ius* e della confusione nessun ordinamento si può mantenere: che sarebbe se il patrimonio del defunto constasse nella più gran parte di crediti verso l'erede?

Con ciò non si sovrappone una costruzione ad un'altra. Quando un vincolo reale grava sopra un complesso di beni, questo complesso di beni necessariamente costituisce rispetto al vincolo e allo scopo di garanzia un'entità distinta. Se infatti il vincolo deve gravare su tutti gli elementi che costituivano il patrimonio del defunto, se non si può escluderne le partite contro l'erede (crediti, diritti di servitù, ecc.). è necessario che queste partite rimangano in piedi e nei riguardi dei creditori la confusione non si operi. Certamente non è questa la separazione romana, perchè nel diritto civile

italiano, a nostro avviso, all'erede non è tolta la disposizione dei beni del defunto: i creditori sono abbastanza garantiti dal vincolo reale. Ma questa differenza tra la separazione romana e la separazione moderna non si può nemmeno rappresentare, come in qualche scrittore si trova, coi termini di separazione materiale e separazione giuridica, perchè la separazione romana non merita meno della moderna il titolo di separazione giuridica, anzi di più forse, in quanto l'erede è quasi un titolare *pro forma* del patrimonio del defunto.

Osservazione. — Il concetto romano della mera separazione è stato nuovamente difeso dal Losana, nella sua opera speciale pubblicata nel 1898 e ora in 2ª ediz. nel 1914, la quale è posteriore agli scritti sopra ricordati. Esso è anche sostenuto con vigore e con acume nello scritto sull'*animus novandi* del Corte-Enna, eliminando molte obbiezioni concettuali e mettendo in bella luce l'equità della soluzione e il giusto posto che nella logica del sistema verrebbe ad avere l'art. 2056. L'Olivieri ed il Bonelli (v. Bibliografia aggiunta) impugnarono il concetto dell'ipoteca. Dall'altra parte il Dusi, nella sua bell'appendice alla traduzione del Baudry-Lacantinerie e Wahl, è tornato a sostenere il diritto di garanzia, escludendo pur sempre l'ipoteca.

Ho meditato e vagliato i ragionamenti veramente serî e degni di attenzione degli avversari, ma da ultimo, per quanto dopo quasi venti anni io vi potessi esser disposto, la mia logica mi ha indotto a perseverare nella vecchia opinione, che è l'opinione dominante.

I varî argomenti addotti *hinc inde* potranno avere più o meno un peso dialettico o sentimentale: nulla potrà distruggere la forza probante della struttura organica dell'istituto, quale è scolpita nell'art. 2062. Il separatista ha azione contro ogni terzo avente causa dall'erede, o acquirente o creditore ipotecario. Si può negare che il suo è un diritto reale? E se questo diritto reale è a scopo di garanzia,

come si può negare il diritto reale di garanzia? Giustamente osserva il Melucci (1): « L'art. 2062 non dice, come l'articolo 2111 del Codice francese, che « non potrà esser con- « sentita con effetto alcuna ipoteca », non dice, come la legge belga, che « non può esser consentita alcuna alienazione », bensì che l'ipoteca o l'alienazione non pregiudicano in alcun modo ». Dopo ciò, come si può col Losana (2), ridurre l'erede alla funzione di mero amministratore dei beni del defunto? Come riferire la dizione larga dell'art. 2062 nel diritto civile agli atti compiuti prima della chiesta separazione? A queste domande gli avversari non porgono la menoma risposta, anzi nella maggior parte di essi l'art. 2062 è saltato di piè pari.

Veramente il Losana tenta persin di volgere a suo favore questo articolo, anzi vi ritrova « la più splendida conferma » del proprio assunto (pag. 152-154), a cagione della forza retroattiva riconosciuta dal legislatore al diritto del separatista, cioè a cagione della sua efficacia di fronte alle ipoteche e alle alienazioni *anteriori*. Ma è questa una di quelle non rare audacie dialettiche che rovesciano la situazione, valendosi di alcuni elementi differenziali in un senso opposto al loro valore. Che il legislatore abbia ammesso la forza retroattiva della separazione sulle ipoteche costituite e sulle alienazioni anche trascritte nei tre mesi dall'apertura della successione, prima della chiesta separazione, non significa nulla contro il diritto reale. Perchè è una logica a rovescio che un diritto reale reso più energico debba intendersi distrutto. L'imperatore Giustiniano di questi peccati di rinforzare alcune garanzie reali con la retroattività ne ha commessi a iosa: a questa stregua tutte le ipoteche legali costituite a favore della donna per la sua dote non sarebbero più ipoteche.

In queste condizioni è forse superfluo discutere gli altri argomenti.

---

(1) Melucci, op. cit., pag. 205.
(2) Losana, op. cit., pag. 189 e seguenti.

Di fronte alla figura di diritto reale espressamente stabilità e disegnata dal Codice ogni argomento contrario costituisce una posizione da girare: non può costituire un *fin de non recevoir*. D'altra parte se l'art. 2056 ha veramente un significato serio, altri argomenti, come ho detto, non hanno che un valore dialettico, e certe pretese ragioni di equità si potrebbero facilmente rovesciare con ragioni più gravi di logica e di giustizia.

Quanto alla tesi del diritto reale *sui generis* è facile prender posizione di fronte ad essa. Si dice: Nonostante il largo tenore dell'art. 2065 (tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili, ecc.), vi ha delle disposizioni incompatibili col regime della separazione: l'ipoteca, ad es., prende data dalla sua iscrizione (art. 2007), mentre la separazione in qualunque momento iscritta nei tre mesi prende data dal giorno dell'aperta successione (art. 2062). Ma l'argomento fondamentale di questa reazione, per espressa dichiarazione degli stessi scrittori, è l'assunzione del principio che la separazione non accordi una preferenza assoluta sui creditori non separatisti, come sarebbe nel puro regime ipotecario, bensì una preferenza meramente concorsuale, vale a dire che ciascuno conserva la sua quota, con questo solo: che i creditori separatisti non ammettono il concorso dei creditori dell'erede.

Ora, che la separazione abbia alcune sue norme specifiche positivamente stabilite, e che quando si debbano applicare queste norme sia escluso il ricorrere ai principî generali del regime ipotecario è troppo ovvio, nè il legislatore col richiamo fatto al regime ipotecario nell'art. 2065 intendeva certo cancellare o violare il regime specifico della separazione. Qualunque ipoteca può avere le sue norme speciali, nè ciò significa che non sia più ipoteca: salvo che queste norme non deroghino al concetto fondamentale dell'istituto. A rigore nemmeno la preferenza limitata dei separatisti di fronte ai non separatisti potrebbe indurre a respingere in modo assoluto il concetto dell'ipoteca: se non

che questa limitazione nella preferenza, come vedremo, è tutt'altro che fondata. Noi crediamo anzi di averne dimostrato l'infondatezza, indipendentemente da qualunque richiamo al concetto dell'ipoteca, che è d'altra parte in ordine alla separazione un sistema speciale del diritto moderno.

Piuttosto è a dire che la questione è in fondo oziosa, come già intuiva il Pisanelli. Dire che la separazione è una vera ipoteca, ovvero dire che è una garentìa reale, cui si applicano in mancanza di norme specifiche le norme dell'ipoteca, come dispone il Codice stesso, è in fondo dire la stessa cosa, esprimere con termini diversi una stessa costruzione. Ai fautori della preferenza relativa fa paura, si direbbe, il termine « ipoteca », perchè esso mette troppo chiaramente a nudo la fallacia di quell'opinione. Ma è inutile d'altra parte fare una battaglia di parole.

Capo II. — **Da chi la separazione può essere chiesta.**

7. A chi compete il diritto della separazione. Creditori del defunto. — 8. Legatari. — 9. Se vi abbiano diritto i creditori dell'erede. — 10. Soluzione della questione secondo i giuristi romani. — 11. Dottrina e giurisprudenza francese. — 12. Diritto dei creditori dell'erede secondo il nostro Codice civile. — 13. La separazione dell'erede nella legge romana.

7. Il diritto della separazione dei patrimoni compete ai creditori del defunto ed ai legatari.

Art. 1032. « I creditori dell'eredità ed i legatari possono domandare la separazione del patrimonio del defunto dal patrimonio dell'erede, a norma delle disposizioni contenute nel titolo XXIV di questo libro ».

Art. 2055. « La separazione ha per oggetto il soddisfacimento, col patrimonio del defunto, dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno domandata, preferibilmente ai creditori dell'erede ».

Cfr. pure gli articoli 2054, 2056, 2058, 2062, 2064.

La legge si esprime sempre in modo affatto generale, senza distinguere tra creditore e creditore, tra legatario e

legatario. Esaminiamola a lume di logica e colla scorta delle fonti romane, il cui sussidio, tenuto conto delle differenze legislative, non è da porsi in non cale.

Il creditore è a termine o sotto condizione. Massime nella seconda ipotesi è possibile rimanere esitanti.

Il creditore sotto condizione non è per vero dire un creditore. Nondimeno è certo che nel linguaggio ordinario i creditori sotto condizione sono compresi nel novero dei creditori. Tanto essi quanto i creditori a termine hanno un diritto di aspettativa sicura o eventuale, e se questo diritto è privo dell'effetto essenziale dell'obbligazione, la facoltà di esigere coattivamente il pagamento, vale di regola per ogni altro effetto; trattandosi di creditori a termine, esso vale anche a escludere la ripetizione dell'indebito. A maggior ragione deve giovare per un provvedimento che ha mero carattere conservativo (1). Provvedimenti siffatti sono espressamente permessi dalla legge al creditore condizionale in termini generali (art. 1171 Cod. civ.) (2).

---

(1) La giurisprudenza è in questo senso. Confr. App. Torino, 10 febbraio 1888, Ravinale c. Bossi (*Giur. Tor.*, 1888, 286); Appello Venezia, 12 dicembre 1889, Zerlotto c. Milani Fornaseri (*Foro Ital.*, 1890, I, 332). La giurisprudenza si spinse ancora più avanti ed ammise la separazione anche per un credito puramente eventuale: App. Milano, 21 novembre 1883, Manzoni c. Manzoni (*Annali*, 1884, 3, 66). Ciò però non è pacifico perchè havvi una massima contraria. Confr. Appello Casale, 12 ottobre 1882, Peruzza c. Ricci (*Foro Ital.*, 1888, 1, 628).

(2) Io credo che nel diritto romano la concessione del diritto di separazione ai creditori condizionali sia opera di Giustiniano. Essa è sancita nella L. 4, D., *h. t.*, 42, 6: Papinianus, *libro duodecimo responsorum:* « Creditoribus qui ex die vel sub condicione debentur et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, aeque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur ».

Chiara è la decisione di questo testo, ma non chiara altrettanto la motivazione, sulla quale si è discusso. Che cosa significa la *cautio communis*, con la quale si provvede anche ai creditori condizionali? L'opinione un tempo dominante, alla quale da ultimo, dopo aver esitato e cercato una migliore spiegazione, accede il Baviera (*Commodum separationis*, pag. 23, nota 3), è che il testo alluda alla *missio in pos-*

D'altra parte, anche a proposito della separazione, la legge ricorda il creditore condizionale ed a termine ed autorizza l'erede a far cessare la separazione, dando loro cau-

---

sessionem. L'opinione più diffusa ai nostri giorni, sostenuta anche dal Solazzi (*Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. II, pag. 253), riferisce invece la *cautio communis* alla stessa separazione dei beni. Il Fadda (op. cit., pag. 359 e 360) suppone che Papiniano alluda promiscuamente e indifferentemente alla *satisdatio suspecti heredis* o alla *missio in possessionem.*

Ciascuna di queste opinioni si presenta assai dubbia. La *missio in possessionem* non poteva esser chiesta dai creditori condizionali. Paolo lo dice con molta chiarezza e ne esprime la ragione (L. 14, § 2, D., 42, 4). Cfr. anche Ulpiano (L. 7, § 14, *eod.*). Vero è che in un altro testo lo stesso Paolo ammette i creditori condizionali alla *missio in possessionem* (L. 6, pr., D., 42, 4), ma io non credo che questo secondo frammento, il quale ha dato rovello agli interpreti, ci rappresenti il dettato genuino del giureconsulto. È inverosimile che lo stesso Paolo manifestasse due opinioni così nettamente in contrasto, e il *solet* è spesso indice di interpolazione. D'altra parte Ulpiano nella L. 7, § 14, *eod.*, è in sostanza d'accordo con Paolo. Credo pertanto che la controversia antica in proposito vada risoluta nel senso che il diritto classico negava la *missio in possessionem* a favore dei creditori condizionali, e il diritto giustinianeo, sia pur come misura cautelare, senza procedere alla *bonorum venditio*, l'ammette. Quanto all'allusione alla *satisdatio suspecti tutoris* o ad allusioni promiscue, come suppone il Fadda, è assai dubbio che i creditori condizionali possano impetrare un rimedio, il quale o è un incidente di lite, o ad ogni modo un procedimento giudiziario che suppone un diritto attuale. L'interpretazione meno malagevole è pur sempre riferire la *cautio communis* alla separazione: e par certo che i Bizantini abbiano inteso la frase in questo senso (Cfr. Bas., 9, 7, 41, in *Heimbach*, vol. I, pag. 474); ma è certo altresì che questo riferimento presta al giureconsulto, come giustamente osserva il Fadda, un ragionamento piuttosto meschino, che è una pura tautologia: « la separazione si accorda anche ai creditori condizionali, perchè con questo rimedio si è voluto giovare anche a loro », ed è il Tacito dei giureconsulti che parla così! Il testo inoltre non è molto felice nella dizione, per quanto Cuiacio l'abbia voluto difendere: *creditores quibus debetur*, si doveva dire, e non quella strana frase *creditores qui debentur.*

Se consideriamo d'altra parte che il riavvicinamento dei creditori condizionali ai creditori a termine, come appare, in ordine alla *plus petitio*, dal diretto confronto dei testi classici (Gaii, IV, 53 *a*; Paul., *Sent.*, I, 10; *Consult.*, 5, 4) col testo delle *Istituzioni* (§ 33 *b*, J., IV, 6), è opera di Giustiniano, che Gajo pur sempre (III, 24), a differenza di

zione, come può farla cessare rispetto ai creditori puri e semplici pagandoli (art. 2064).

Il soddisfacimento del credito è già altrimenti garantito sia da fideiussori, sia da pegno, privilegio o ipoteca. Il benefizio della separazione veniva rifiutato nel diritto comune ai creditori ipotecari da alcuni pratici tedeschi (1).

Nella dottrina e giurisprudenza francese non fu mai dubbio che l'avere in precedenza un'altra garentìa personale o reale non può costituire una condizione per rifiutare al creditore la nuova e più generale garentìa della separazione in caso di morte del loro debitore. La garentìa, di cui sono forniti, può riuscire per infinite circostanze frustranea od insufficiente, nè sempre li assicura pienamente di fronte ai sopravvegnenti creditori dell'erede.

Del resto la nostra legge dichiara espressamente all'articolo 2054 che il diritto alla separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, spetta anche a quei creditori o legatari che hanno già un'altra garentìa sui beni del defunto; e lo stesso risulta implicitamente dall'art. 2063, che a torto si vuol mescolare nella questione dei rapporti tra separatisti e non separatisti (2).

---

quanto risulta dalle Pandette (L. 42, pr., D., 44, 7, interpol.?), non novera tra i creditori coloro a cui è dovuto sotto condizione, che è dubbio persino, a mio avviso, se i crediti e i debiti condizionali nel diritto classico trapassino all'erede, non andremo probabilmente errati ritenendo che anche questa garanzia sia stata elargita ai creditori condizionali soltanto dai compilatori. La *separatio bonorum* non è una semplice misura cautelare, ma un procedimento che implica la *missio in possessionem* e mena alla *bonorum venditio:* ora i creditori condizionali non hanno diritto di procedere alla *bonorum venditio*, e, per lo meno nel diritto classico, non possono nemmeno impetrare la *missio in possessionem.*

(1) Cfr. Brunnemann, *ad* L. 10, *de sep.*, n. 2; in *Tractatus de concursu creditorum*, § 12; Cramer, *Wetzlarische Nebenstunden*, th. 94, n. 11; Huber, *Praelect. iuris civilis*, tit. *de sep.*, § 1. — V. *contra:* Dabelow, *Ausführliche Erläuterung der Concurs-Lehre der Gläubiger*, pag. 332.

(2) Vedi in questo senso Demolombe, XVII, 107; Laurent, X, n. 7; Pacifici-Mazzoni, VI, 234; Ricci, X, 301; App. Torino, 6 marzo 1882, Majoni c. Musso-Majoni (*Giur. Tor.*, 1882, 244).

Non occorre nemmeno che il credito sia fornito di prova scritta, poichè nel nostro diritto non si esige affatto l'esibizione del titolo per l'iscrizione del credito a titolo di separazione (art. 2060, capov. 2°) (1).

Il debitore diventa erede del fideiussore o viceversa. Trattasi di obbligazioni collegate, ma distinte ad ogni modo, e non v'ha ragione di scemare la garentìa del creditore negandogli il diritto di chiedere per l'uno dei due crediti la separazione. La prima ipotesi è decisa espressamente dalle leggi romane (2).

Non giova la separazione all'erede unico, se creditore del defunto, giacchè egli rimane ad ogni modo obbligato personalmente oltre l'ammontare del patrimonio ereditario. Ad evitare il danno proprio l'erede ha il benefizio dell'inventario. Nel diritto romano classico, non esistendo ancora il benefizio dell'inventario, la separazione sembra concessa in più casi a benefizio dell'erede stesso (3).

Ma può ben domandare la separazione il coerede creditore del defunto in ragione della quota degli altri coeredi (4), poichè in ragione delle altrui quote, egli è creditore, non erede, ed ha i diritti di qualunque creditore.

---

(1) Pacifici-Mazzoni, VI, 34; App. Torino, 5 luglio 1889, cit.; anzi non occorre nemmeno che sia provato completamente. Confr. Appello Torino, 15 marzo 1882, Gassi c. Marchetti-Becchia (*Giur. Tor.*, 1882, 497); Id., 17 febbraio 1894, Mussa c. Mussa (*Id.*, 1894, 319); Id., 4 marzo 1895, Bergo-Zucchi c. Gautier (*Id.*, 1895, 340); Appello Roma, 10 aprile 1881, Matani c. Lucatelli (*Temi Rom.*, 1, 212); o se si tratti delle scritture private di cui all'art. 1325 del Cod. civile, che non contengono il *buono ed approvato:* App. Bologna, 28 giugno 1877, Castelli c. Martelli (*Rivista Giur. Bol.*, 1887, 181).

(2) L. 3 pr., D. *de sep.*, 42, 6. Confr. nello stesso senso Demolombe XXII, 1149 e 1150; Pacifici-Mazzoni, VI, 235.

(3) Cfr. L. 1, §§ 6, 18; L. 6, § 1, D. *de sep.*, 42, 6. [V. sull'argomento il paragrafo ultimo di questo capo].

(4) L. 6, Cod. *de act. her.*, 4, 16; L. 7, Cod. *h. t.*, 7, 72.

Il Baviera è d'avviso che possano chiedere la separazione anche i creditori naturali, e ritiene questo avviso anche per le obbligazioni naturali del diritto moderno (1). Ciò desume per il diritto romano dalla L. 1, § 18, *h. t.* Ma questa legge tratta della *separatio bonorum* concessa allo schiavo, e, data la situazione diversa dello schiavo, non è consigliabile di estendere ai creditori dell'eredità una decisione relativa allo schiavo erede. Quanto al diritto moderno siamo di opinione recisamente contraria. Qualunque concetto si nutra dell'obbligazione naturale, certo essa non può aver altro effetto se non quello sancito dall'art. 1237, che non si può ripetere il pagato, e quello che è una logica conseguenza di questo effetto, che il pagato non si considera come donazione. Ma questa efficacia non si può ampliare e molto meno si può aggiungere un effetto che rappresenta in certo modo un'azione giudiziale, una garentìa ottenuta per le vie giudiziali, cioè aggiungere quel che lo Stato rifiuta assolutamente alle obbligazioni naturali: il suo braccio e la sua forza.

8. La separazione compete anche ai legatari. Nel diritto romano non pare che il benefizio fosse loro accordato dall'editto: era il portato di una benigna interpretazione della giurisprudenza, ma la giurisprudenza intese pure di regolare l'intervento dei legatari in guisa che non avesse a nuocere ai creditori. I legatari dovevano venire collocati dopo i creditori.

Pap., *l. XII Resp.* L. 4, § 1, D. *de sep.*, 42, 6: « Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit ».

Jul., *l. XLVI Dig.* L. 6, pr., D. *de sep.*, 42, 6: « Quotiens heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, cum in credi-

(1) Baviera, l. c., pag. 23, e pel diritto moderno, pag. 123.

toribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur ».

Nel nostro diritto i legatari sono chiamati senz'altro dalla legge insieme coi creditori. La dottrina unanime ritiene la preferenza dei creditori (1), ma non tutti gli argomenti sono atti a giustificare la conclusione. Il principio — *Nemo liberalis nisi liberatus* — non è un principio giuridico, ma tutt'al più una tendenza legislativa che giova in casi di dubbia interpretazione, ma non si può estendere l'articolo 977 relativo al benefizio d'inventario, giacchè questo benefizio produce effetti diversi, nè i creditori hanno più diritto di rivolgersi contro l'erede oltre il patrimonio ereditario: d'altra parte la disposizione ha carattere positivo e speciale, tanto che l'esperimento dell'azione di regresso è ristretto al termine di tre anni.

Quanto all'art. 2063, pure messo in campo: « la separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, e *non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto la originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi*, e i loro diritti di poziorità », evidentemente si riferisce alle ragioni di prelazione dei varî creditori. E d'altra parte che v'ha di ripugnante che creditori separatisti e legatari separatisti vengano a ritrovarsi nella stessa condizione di parità, in cui sono quando nè creditori nè legatari abbiano chiesto la separazione?

Ma la preferenza dei creditori sui legatari risulta chiara dall'art. 1033: « Il legatario non è tenuto a pagare i debiti ereditari, salva però ai creditori l'azione ipotecaria sul fondo legato, e salvo altresì il diritto di separazione ».

Postilla. — Nel diritto romano anche in ordine ai legatari si può ben dubitare se il loro diritto alla separazione

---

(1) Confr. Laurent, X, 55; Cassaz. Firenze, 4 maggio 1876, Morelli c. Calamani (*Foro Ital.*, 1876, I, 1195); App. Roma, 28 aprile 1893, Vannisante c. Rosichelli (*Temi Rom.*, 1893, 84).

fosse riconosciuto nell'epoca classica. La decisione affermativa è messa in bocca ai due sommi giureconsulti romani, Papiniano e Giuliano, il compilatore stesso dell'editto. Ma intanto par certo che nell'editto non si facesse menzione dei legatari; non il Pretore, ma la giurisprudenza si sarebbe resa in questa parte organo dell'*aequitas* (1). Se non che da parte della giurisprudenza una simile estensione non aveva molta ragione di essere. Ai legatari soccorrevano altri mezzi per esser garantiti di fronte all'erede: la *cautio legatorum servandorum causa* (Tit. D., 39, 6), la *missio in possessionem legatorum servandorum causa* nei beni dell'eredità (Tit. D., 36, 4) e la *missio antoniniana* nei beni stessi dell'erede, quando non fossero soddisfatti entro sei mesi (L. 5, §§ 16, 21, D., 36, 4). D'altra parte il testo di Giuliano non è troppo conforme allo stile nitido, semplice, corretto di questo giureconsulto. Quanto al testo di Papiniano esso non fa che esprimere la preferenza dei creditori sui legatari, il che è certo anche rispetto ai rimedî concessi ai legatari (cfr. L. 5, § 4, D., 6, 4). La L. 1 Cod., 7, 72, finalmente, non si riferisce alla nostra questione, perchè considera come *aes alienum*, come debito, il legato che già incombeva al nostro autore, e potrebbe quindi, per avventura, esser addotta come argomento contrario alla riassunzione dei legatari nel novero dei creditori.

9. Non hanno il diritto della separazione i creditori dell'erede. A dire il vero, anch'essi possono essere fieramente danneggiati dall'accettazione d'una eredità oberata, che si risolve in un'assunzione spontanea di debiti altrui. Anche essi vengono a subire un danno improvviso ed iniquo, mentre non sarebbe punto iniquo conceder loro un siffatto benefizio. Tuttavia non lo concede il diritto francese: non lo concede il nostro Codice. Donde un simile ritegno del

(1) Cfr. anche LENEL, *Edictum perpetuum*, 2ª edizione, 1907, § 223, p. 418, n. 1.

legislatore? È giustificabile? Hanno i creditori dell'erede altri rimedî per salvaguardarsi dal pericolo che li minaccia?

Rispondendo alla prima domanda, a noi pare che un simile ritegno non abbia sua base se non nella forza conservativa delle antiche regole di diritto, che cedono solo di fronte ad un bisogno evidente e impellente. Le grame giustificazioni dei giureconsulti antichi e moderni, la reazione storica della giurisprudenza in un periodo in cui essa era più libera di agire sul movimento del diritto, lo mostrano chiaramente. Uno dei civilisti nostri più degni e pratici, dopo aver notato che sotto qualunque punto di vista la bilancia della equità non saprebbe piegare ai creditori della successione più che ai creditori dell'erede, così si esprime: « Un principio spontaneo e quasi intuitivo di reciprocità indurrebbe ad estendere il benefizio della separazione agli uni come agli altri. Ma non si perda di mira che il benefizio è una derogazione al diritto comune, e che lo spirito delle leggi non ne permette l'applicazione se non in quei ristretti limiti per i quali l'equità vedesi conculcata oltre certa misura di naturale giudizio. Or vi ha un punto in cui questa equità reclama contro il rigore del diritto per i creditori della successione, con maggiore energia che per i creditori dell'erede, ed allora l'inflessibilità delle leggi non cede nè piega che al passo estremo » (1).

Dal punto di vista dell'interpretazione ciò sta benissimo. Ma perchè il legislatore deve fino a un dato segno conculcare l'equità, finchè la conculcata non reclami con tutta l'energia, perchè la legge scritta deve essere inflessibile e non cedere se non al passo estremo? Ciò avviene spesso, è vero, ma se la scienza del diritto ha un còmpito, non deve dire che ciò avvenga bene.

10. Il problema si era già presentato ai giureconsulti romani e il punto da essi côlto rispecchia il fine e acuto

(1) Melucci, op. cit., pag. 57.

senso di quei giureconsulti: « nam licet alicui adiiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem » (1). Certo qui è messa in luce la differenza tra la posizione dei creditori del defunto e quella dei creditori dell'erede: che sia tale tuttavia da giustificare di fronte ad esigenze superiori alla dommatica pura il diverso trattamento degli uni e degli altri noi non diremmo. Praticamente si rileva in questo passo un fatto sicuro, che il debitore è libero di contrarre altri debiti, e che non altrimenti viene ad esser la cosa nell'accettazione di una eredità oberata. Ma a questa licenza non si deve porre argine, quando è dato farlo senza infrangere la libertà individuale? Il debitore accetti pure di pagare i debiti altrui, ma i suoi beni siano in prima linea la garentìa de' suoi debiti.

Il vero è che i fini patrimoniali non pongono la spiegazione di nessuna delle conseguenze inerenti all'organismo dell'eredità romana.

Nel seguito del frammento si fa un caso più grave: se i creditori dell'erede possono impetrare la separazione contro l'accettazione di un'eredità compiuta dall'erede in frode delle loro ragioni, cioè col proposito di rendersi insolvente e così danneggiare i creditori. La giustificazione del rigore della legge è poi così eccessiva, così oscura la limitazione, che saremmo tentati attribuir la chiusa del testo ai compilatori anzichè ad Ulpiano: « Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille *in fraudem ipsorum* adierit hereditatem. Sed nullum remedium est proditum; *sibi enim imputent, qui cum tali contraxerunt:* nisi si extra ordinem putamus praetorem adversus calliditatem eius subvenire, qui talem fraudem commentus est. quod non facile admissum est » (2). Forse il giureconsulto dichiarava semplicemente che non era stato introdotto all'uopo alcun rimedio dal pretore.

---

(1) L. 1, § 2, D. *de sep.*, 42, 6.
(2) L. 1, § 5, D. *de sep.*, 42, 6.

Postilla. — La interpolazione dell' inciso finale nel testo di Ulpiano è stata ribadita più largamente in seguito da una schiera di scrittori. Il Baviera (*Commodum*, pag. 32) e il Ferrini (*Arch. Giuridico*, vol. XIII, pag. 544), hanno analizzato l'interpolazione dell'inciso finale. Gli indizî sono evidenti. La clausola restrittiva *nisi si*, le locuzioni *cum tali*, *talem fraudem commentus est*, il *subvenire* senza termine di rapporto, l'assenza di questa clausola nei Basilici: aggiungiamo infine tutto il vago e nebuloso contenuto del testo. Il Levy ed il Beseler (*Beiträge*, II, pag. 125), hanno appuntato anche le parole *sibi enim imputent*. Quali siano i requisiti di questo rimedio straordinario, accordato, come sembra, dai compilatori, non è detto nel testo. Si avverte soltanto che esso non si concede con facilità. Che s'intenda la separazione, sembra da escludere; quanto all'*actio Paulliana* non pare applicabile nel diritto romano all'adizione d'eredità. Tutto porta a credere che nello stesso diritto giustinianeo il testo si debba riferire ad una *restitutio in integrum*, con la quale verrebbe ad essere rescissa anche l'adizione (1).

11. Una reazione contro questo trattamento dei creditori dell'erede si generò nella dottrina e nella giurisprudenza francese anteriore alla formazione dei codici, ed il motivo addotto da Ulpiano fu giudicato vera sottigliezza da un grande giureconsulto, il Domat; ma poichè il Pothier manteneva il severo domma romano, l' esclusione venne sancita espressamente all'art. 881 del Codice francese, senza però che i compilatori di questo ponessero mente alla radicale trasformazione che essi portavano nel diritto vigente sino allora.

12. Un'espressa esclusione dei creditori dell'erede non è per vero nel nostro Codice. Ma non ne faceva bisogno:

(1) Per un altro caso speciale, in cui l'istituito, non di proposito, a scopo di frode e nemmeno volontariamente, ma costrettovi (adizione coatta), si è aggiunto nuovi creditori, v. *sotto*, n. 13.

la legge parla solo di creditori del defunto e di legatari, onde circa ai creditori dell'erede è il caso di dire come Ulpiano: *nullum remedium est proditum.*

Il solo rimedio che possa soccorrere nei casi estremi ai creditori dell'erede è l'azione Paulliana; ossia possono i creditori revocare l'adizione come fatta in frode delle loro ragioni (art. 1235 Cod. civ.). Che quest'azione debba spettare nel nostro diritto ai creditori dell'erede, quando concorrano il pregiudizio e la frode (*eventus damni* e *consilium fraudis*), non v'ha dubbio. Il Codice non menziona in modo specifico l'atto dell'adizione come non menziona in generale gli atti soggetti a revoca. Nel diritto francese tuttavia la cosa non è interamente pacifica e alcuni contrastano il punto: circa la rinuncia, essi dicono, vi ha un'espressa disposizione (art. 788 Codice francese, 949 Cod. civ. italiano), che accorda ai creditori il diritto d'impugnarla. Adunque con ciò è negato il diritto d'impugnare l'accettazione, se il Codice non ne parla. Ma, come ogni argomentazione *a contrariis*, anche questa non deve essere accolta senza le debite cautele. Chi rinuncia ad un'eredità a lui deferita, non diminuisce il suo patrimonio con pregiudizio dei creditori, soltanto si rifiuta di accrescerlo. Laonde l'atto di per sè non è revocabile, e se si vuol che sia tale, convien farne espressa menzione; tanto più che il diritto romano, seguendo la logica senza alcuna deviazione, sanciva espressamente il contrario (1).

Il dubbio che solo può nascere circa la revocabilità è se si abbia a richiedere anche la frode dei creditori del defunto come negli atti a titolo oneroso, ovvero basti la frode da parte dell'erede. Non mancano autorevoli scrittori che si accontentano della frode da parte dell'erede, perchè l'eredità è un atto unilaterale, non un contratto (2). Il

(1) L. 6, § 2, D. *quae in fraud.*, 42, 8.

(2) Così Zachariae, *Cours de droit civ. fr.*, § 619; Dollinger, op. cit., n. 56. In Italia: Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. comm.*, vol. IX, n. 53.

rilievo non ha peso, perchè la frode del terzo può intervenire anche negli atti unilaterali, e ciò basta. Potremmo osservare piuttosto che l'accettazione di un'eredità oberata è in sostanza accettazione di debiti altrui; ma, nonostante le nostre idee circa l'eredità e il benefizio della separazione, noi crediamo sia da preferire la opposta dottrina e richiedere l'accordo fraudolento tra l'erede ed i creditori del defunto.

Il paragone dell'accettazione di un'eredità oberata con l'assunzione di debiti altrui, si può fare da un punto di vista teorico, non dal punto di vista positivo. Nello spirito della nostra legge siffatta assunzione è implicita conseguenza dell'adizione dell'eredità: è una legale assunzione di debiti altrui, che al legislatore sembra, a torto od a ragione poco importa, giustificata abbastanza da fini sociali e motivi di ordine etico elevati. Nello spirito della nostra legge insomma i creditori del defunto, benchè garantiti da un nuovo debitore e da un nuovo patrimonio, fosse pure il loro debitore originario insolvibile, non sentono un lucro, *non certant de lucro captando*, nè quindi sono ad essi applicabili le norme relative agli atti a titolo gratuito.

13. Il benefizio dell'inventario dall'epoca di Giustiniano ha fatto cadere la questione se la separazione stessa possa concedersi agli eredi. A noi non sembra, checchè si dica, che un simile pensiero fosse estraneo ai Romani, e non è fuori di luogo intrattenersi sull'argomento per comprendere la natura originaria della separazione. È certo che allo schiavo erede necessario si è provveduto precisamente accordando la separazione (L. 1, § 18, *h. t.*; Gaii, II, 155), e il tenore del testo porta a credere anzi che non vi dovesse esser punto un editto speciale per la separazione concessa ai servi, cosicchè l'editto sulla separazione non doveva esser espressamente limitato ai creditori. La stessa *facultas abstinendi* concessa al *filiusfamilias* è in ultima analisi una separazione, anzi in alcune applicazioni alquanto anomale

è chiamata senz'altro *separatio bonorum* (L. 12, D. *de vulg. et pup. subst.*, 28, 6).

Certo il rimedio di regola è escluso per gli eredi estranei, i quali, essendo liberi di adire o non adire, non venivano a trovarsi in una posizione particolarmente iniqua come i *filiifamilias*, nè potevano suscitare una tal forma di riguardi, che sarebbe stato un travolgimento dei principî della *successio*.

Vi era tuttavia un'ipotesi in cui la posizione dell'*heres extraneus* diventava quasi identica a quella dell'erede necessario e ciò accadeva quando l'erede estraneo fosse stato costretto dal pretore ad adire un'eredità fedecommissaria.

In tal caso se, dopo che il fiduciario si era arreso alla coazione ed aveva adito l'eredità per avventura oberata, il fedecommissario, ben vagliate le cose, si rifiutava di accettare la restituzione, l'erede fiduciario si sarebbe trovato a mal partito.

A questa ipotesi si riferisce la L. 1, § 6, *h. t.*, 42, 6: « Sed si quis suspectam hereditatem dicens compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit cui restituat, ex quibus casibus solet hoc evenire, et ipsi quidem desideranti succurri sibi adversus creditores hereditarios subveniemus: hoc et divus Pius rescripsit, ut perinde testatoris bona venirent, atque si adita hereditas non fuisset ».

Peraltro in questa legge non si ordina una vera separazione. Non credo, come il Solazzi (1), che non si debba scorgervi null'altro che un'applicazione della Paulliana: ma lasciando per ora da banda i dubbî sulla genuinità integrale del testo, a me sembra che poco si possa dubitare trattarsi di una *restitutio in integrum*. Il testo dice che si procede alla *bonorum venditio* dei beni del testatore, come se l'eredità non fosse stata adita; dunque si rescinde l'adizione e la *bonorum venditio* avviene in nome del defunto. Del resto il rescritto del Divo Pio, cui si allude, noi lo pos-

(1) *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, pag. 250; *Revoca*, pag. 8.

sediamo in un lungo frammento, la L. 11, § 2, D., 36, 1; e per quanto questa legge sia pur essa qua e là corrotta ed alterata, è chiaro che il Divo Pio concedeva precisamente la *restitutio in integrum*.

Nel seguito di questo testo lo stesso rimedio viene accordato ai creditori dell'erede.

L. 1, § 6, D. *h. t.*, 42, 6: « Creditoribus quoque huiusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit, ut quasi separatio quaedam praestetur ».

Il giureconsulto direbbe che ai creditori stessi dell'erede fiduciario danneggiati da questa adizione, si soccorre, quando l'erede fiduciario non si faccia innanzi lui; il rimedio accordato ai creditori è di nuovo espresso in termini alquanto vaghi e generici. Esso è detto *quasi separatio quaedam*, ma a un tempo stesso coll'inciso *hoc idem etc.*, lo si riassume sotto il precedente benefizio accordato all'erede stesso. Se non che questa chiusa è certamente interpolata e per riflesso di essa anche la parte precedente è stata alterata dai compilatori. L'interpolazione, già riconosciuta in antico dal Fabro, è stata poi dimostrata dal Baviera (1) e dal Ferrini (2), e oggi è unanimemente riconosciuta da tutti coloro che per una ragione o per l'altra hanno dovuto considerare il frammento. È stato rilevato il termine *huiusmodi*, la frase *hoc idem* in quella forma astratta di cui si compiacciono i compilatori, la *quasi separatio*, a proposito della quale giova ricordare che gli istituti col *quasi* sono in generale di creazione tribonianea, come il nostro Albertario si è accinto a dimostrare; è stata rilevata altresì la forma *et ipsi quidem* nella parte precedente, insinuata dai compilatori per preparare la seconda parte del frammento, il *desiderantibus*, che risponde pur esso a *desideranti*, e l'inciso incastrato a sproposito *ex quibus casibus solet hoc evenire*. Probabilmente non soltanto la chiusa da *creditoribus* in poi, ma tutta la

(1) *Storia e teoria della* separatio, pag. 22.
(2) *Arch. Giur.*, vol. LXIII, pag. 544.

parte da *ex quibus casibus solet* sino ad *hoc et* è opera dei compilatori: nel testo genuino, dopo le parole *deinde non sit cui restituat*, seguiva immediatamente *divus Pius rescripsit, etc.*, con che la natura del rimedio appariva netta e limpida. Possiamo altresì aggiungere che è abbastanza artificiosa questa ipotesi di un erede costretto ad adire una eredità sospetta, il quale poi si acqueta, e fa insorgere i suoi creditori. Ad ogni modo e nell'un caso e nell'altro noi non abbiamo se non che una *restitutio in integrum*: che di questa natura del rimedio i compilatori non avessero chiara nozione è possibile, ma le stesse lor parole *quasi separatio* conducono più a negare che ad ammettere che si tratti di vera separazione.

Una nuova ipotesi in cui il benefizio, e, pare, con carattere di vera separazione, è accordato all'erede estraneo, ci è presentata nella L. 6, § 1, *h. t.*, 42, 6: JULIANUS, *libro quadragesimo sexto Digestorum*: « Si liberta heres instituta bonorum possessionem secundum tabulas petisset eius, qui solvendo non erat, quaesitum est, an bona eius separari ab hereditariis debent. respondit: non est iniquum succurri patrono, ne oneraretur aere alieno, quod liberta petendo bonorum possessionem secundum tabulas contraxerit ».

Questo testo ha dato agli scrittori un grande rovello.

Giuliano fa il seguente caso: una liberta ha chiesto la *bonorum possessio* di un insolvente: il patrono, che le succede, può separare i beni della liberta dall'eredità che essa imprudentemente si è assunta? e risponde affermativamente.

Il Solazzi (1) offre due spiegazioni: o si tratta di una revoca dell'adizione che il patrono ottiene con l'*actio Fabiana* (dobbiamo notare che l'*actio Fabiana*, istituita per revocare gli atti compiuti dal liberto in pregiudizio del patrono, si estendeva, secondo il Solazzi, anche all'adizione compiuta in frode del patrono a differenza della Paulliana), ovvero nel testo è stato cancellato *minor* accanto

(1) *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, pag. 8.

a *liberta*, e si tratta di una *restitutio in integrum* contro l'adizione che il patrono può chiedere, in quanto la liberta, a cui egli succede, poteva chiederla. Il Fadda (1) suppone che si tratti di una *bonorum possessio* accordata dal pretore senza l'*auctoritas patroni*. Congetture tutte piuttosto arbitrarie ed elucubrate. A noi non sembra che si possa negare la separazione nè per il diritto classico nè per il diritto giustinianeo. La posizione del patrono è specialissima, non altrimenti che quella dell'erede necessario. Egli è quasi un creditore rispetto ai beni de' suoi liberti: e come nella *restitutio in integrum* gli si accorda, a quel che sembra, una certa larghezza (cfr. L. 5, D., 4, 1), così è possibile che già nel diritto classico gli si concedesse *ex decreto* una *separatio* dei beni della liberta dall'eredità oberata che la liberta avesse accettata. Non era il caso di rescindere la sua adizione rispetto al patrimonio della liberta, e non era possibile rescindere l'*agnitio bonorum possessionis* della liberta defunta, se non vi era una *iusta causa* (2).

Un'applicazione della *separatio* che non sembra concernere il tema della successione, è quella fatta nella L. 1, § 9, *h. t.*: « Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus simul ergo admittentur, dummodo, si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret, fortasse debeant separari: quod puto probandum ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire

(1) *Concetti fondamentali*, vol. II, pag. 327.

(2) Una posizione analoga ci è posta innanzi da Papiniano nella L. 12, D. *de vulg. et p. subst.*, 28, 6, PAPINIANUS, *libro tertio Quaestionum*. « Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres exstitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet: iustius enim praetorem facturum existimo, si fratri *separationem bonorum patris* concesserit. etenim ius dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare ».

Al figlio chiamato all'eredità paterna e all'eredità pupillare del fratello in base al testamento paterno è concesso dal pretore di esercitare la *facultas abstinendi* circa l'eredità paterna in guisa da separare questa dalla pupillare.

cum castrensibus creditoribus. item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri ».

Il testo è senza dubbio interpolato, come riconobbe in antico il Fabro e riconobbero ai nostri giorni il Solazzi (1) e il Beseler (2). Come si debba costruire o ricostruire l'ipotesi, è però assai controverso. Senza entrare in una lunga discussione, è certo che dopo il primo periodo vi è una brusca lacuna. Il Mommsen la integra con le parole *nec puto separandos*, cioè negando, come il seguito del testo manifesta, che i creditori collocati sul peculio castrense si debbano separare dagli altri creditori. Ma non è improbabile che questa soluzione negativa appartenga piuttosto ai compilatori, e che il giureconsulto classico riconoscesse il diritto di prelazione dei creditori castrensi sul peculio castrense. Tuttavia è difficile dire sino a qual segno la distinzione giustinianea tra creditori anteriori e posteriori alla milizia differisca da quella tra creditori castrensi e comuni.

Capo III. — **Contro chi la separazione si esercita.**

14. Contro chi si esercita il diritto della separazione. — 15. Crediti che passano innanzi al diritto della separazione.

14. La separazione chiesta ha luogo contro l'erede (3).

In definitiva peraltro la separazione si esercita contro i creditori dell'erede, senza riguardo alla loro qualità o alla natura del credito, vale a dire la garentìa reale consentita ai separatisti li fa preferire a tutti i creditori dell'erede.

---

(1) *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, pag. 116.

(2) *Beiträge*, vol. III, pag. 85.

(3) [Contardo Ferrini (*Bull. dell' Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, pag. 32 e seguenti), volle dimostrare che nel diritto classico la separazione competesse unicamente contro l'erede testamentario, la quale opinione è correlativa all'altra, per cui, secondo il Ferrini stesso, l'*edictum de suspecto herede* (L. 31, D., 42, 5; G., IV, 102) si riferirebbe alla sua volta solo all'erede legittimo. Si mostrarono fautori o simpatizzanti di fronte a questa teoria il Lenel (*Edictum perpetuum*, § 223, 2ª ediz., pag. 418,

Lo stesso creditore ipotecario privilegiato dell'erede cede il posto al separatista in ordine ai beni del defunto.

Nell'ipotesi di eredità successive si può chiedere inoltre la separazione contro i nuovi eredi e i creditori di essi, ma i creditori del primo erede, defunto, potranno chiederla bensì di fronte ai creditori del nuovo erede, non però contro i creditori del primo autore, rispetto ai quali essi sono creditori dell'erede e non hanno, come tali, diritto alla separazione. Tale ipotesi ci è presentata nelle fonti romane: « Secundum haec videamus, si Primus Secundum heredem scripserit, Secundus Tertium, et Tertii bona veneant, qui creditores possint separationem impetrare. Et putem, si quidem Primi creditores petant, utique audiendos et adversus Secundi, et adversus Tertii creditores: si vero Secundi creditores petant, adversus Tertii utique eos impetrare posse, adversus Primi autem non posse. In summa Primi quidem creditores adversus omnes impetrare possunt separationem, Secundi creditores adversus Primi non possunt, adversus Tertii possunt » (1).

La separazione può anche domandarsi contro i creditori di uno solo tra varî coeredi.

---

nota 4) e il Perozzi (*Istituzioni*, II, pag. 514); contrarî il Solazzi (*Bull.*, vol. XIII, pag. 261 e segg.), e il Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario*, vol. II, pag. 372. Ed anche io mi schiero decisamente cogli avversari. Gli argomenti del Ferrini, d'apparenza più speciosa che solida, sono stati confutati dal Solazzi e dal Fadda. Quanto alle preoccupazioni d'ordine generale esse sono errate. Non vi doveva essere un Editto speciale e parallelo per lo schiavo erede necessario, e la simpatia che hanno i Romani pel testamento, effigiata nella caratteristica tendenza del *favor testamenti*, non permette di considerare con maggior favore chi lascia la successione abbandonata al suo « decorso naturale ». Il pensiero di un decorso naturale della successione è tutto nostro, non romano. Non bisogna infine esagerare il parallelismo con l'*actio Paulliana* e coi rimedî forniti negli atti in frode dei creditori: nessun accenno all'*animus*, al *consilium fraudis* nel nostro tema.

Noi possiamo ritenere pertanto che la separazione fosse un rimedio consentito già nel diritto classico contro qualunque successore].

(1) L. 1, § 8, D. *de sep.*, 42, 6.

15. V'ha tuttavia dei crediti di fronte ai quali il diritto della separazione cede. Tali sono: I crediti per le spese del giudizio di espropriazione degli immobili e di quello di graduazione fatti nell'interesse comune dei creditori (Codice civile, art. 1961), i crediti dello Stato pel tributo fondiario, per diritti di registro e simili, esclusa la tassa di successione (Cod. civ., art. 1962), le spese di giustizia fatte per atti conservativi o di assicurazione sui mobili nell'interesse comune dei creditori (Cod. civ., art. 1959, 1956, n. 1°), le spese fatte, s'intende dopo l'apertura della successione, per la conservazione ed il miglioramento dei mobili (Codice civile, art. 1958, n. 7), le somme dovute per le sementi, i lavori di coltivazione, le raccolte dell'annata (Codice civ., art. 1958, n. 5), s'intende sempre dopo l'apertura della successione. Simili eccezioni costituiscono privilegi che vengono a costituirsi o possono venire a costituirsi sui beni del defunto e passano innanzi al diritto di separazione, come il privilegio in genere passa innanzi all'ipoteca (Codice civ., art. 1953): l'equità del resto è nei singoli casi manifesta.

Capo IV. — **Cose sulle quali può essere eseguita.**

16. Su quali beni possa esercitarsi il diritto della separazione. — 17. Se vi possono essere compresi i frutti dell'eredità.

16. La separazione si esercita sul *patrimonio del defunto* (Cod. civ., art. 2055); tutti i beni già suoi ne sono l'oggetto. Siamo d'accordo col Losana (1) nel ritenere che non solo i legati di quantità, ma anche i legati di cosa certa vi siano ricompresi: se dubbio vi fosse (e non v'è nemmeno dal punto di vista dei principî), l'art. 1033 ci sembra abbastanza chiaro in proposito. E anche i crediti verso l'erede restano

---

(1) Losana, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, pag. 291 (*Temi Ven.*, 1888, pag. 85; *Rolandino*, 1889, pag. 305. [*La separazione del patrimonio*. 2ª edizione, 1914, n. 73, pag. 92-96].

inerenti al patrimonio del defunto e sono oggetto del diritto di separazione (1).

Tuttavia ragioni evidenti di logica o riguardi necessarî inducono alcune limitazioni o particolari disposizioni. Sono bensì nel nostro diritto (non nel diritto francese) separabili le rendite del defunto sullo Stato; ma non s'hanno a ritenere separabili i beni donati dal defunto e tornati nel patrimonio in seguito all'azione di riduzione esperita dall'erede, perchè quest'azione tutela un diritto personale del legittimario; nè le collazioni, anch'esse costituenti un diritto personale dei discendenti contro i fratelli o sorelle; nè le indennità conseguite dall'erede per l'uccisione dell'ereditando.

D'altra parte l'erede può, nel termine dei tre mesi, aver alienato beni ereditari. Trattandosi di beni immobili il nostro sistema legislativo ha tagliato corto ai dubbî: le alienazioni sono valide, nè occorre investigare la buona o mala fede con cui dall'erede vennero compiute, ma dato il carattere di vincolo o ipoteca *sui generis* assunto dalla separazione, il diritto dei separatisti prosegue sui beni alienati, anche trascritta l'alienazione. Le stesse ipoteche iscritte dai creditori dell'erede sono valide, ma non pregiudicano i diritti dei separatisti, il che vuol dire che l'iscrizione eseguita da costoro in qualunque momento dei tre mesi si computa dal momento dell'apertura della successione (Cod. civ., art. 2062).

Riguardo ai beni mobili la nostra legge, conciliando le ragioni dei creditori separatisti col principio che in fatto di mobili possesso vale titolo (Cod. civ., art. 707), ha sancito che il diritto alla separazione comprende il prezzo non ancora pagato (Cod. civ., art. 2061). La cosa mobile acquistata dal terzo in buona fede è quindi immune dal diritto dei separatisti.

---

(1) [Il contrario è stato di nuovo sostenuto, dopo il Melucci, op. cit., pag. 171, dal Baviera, op. cit., pag. 130, in base alla confusione subbiettiva. Se non che la separazione osta precisamente alla confusione subbiettiva, che è causa di quel vasto fenomeno rappresentato dalla confusione ereditaria, contro cui si dirige il nostro istituto].

Alcuni estendono questa disposizione anche alla cosa mobile pignorata; la massima *possesso vale titolo* esercita la sua influenza anche a favore del creditore pignoratizio di buona fede e l'assicura di fronte al creditore separatista (1).

Tale estensione a noi non sembra esatta. Qualunque sia la portata di quella massima, che nell'opinione dominante per vero non si riferisce al solo titolo di proprietà, certo è che nel caso nostro la legge ebbe riguardo all'alienazione di cosa mobile, e intese conciliare il diritto di separazione col diritto del terzo possessore di buona fede, perchè la conciliazione era possibile. Il creditore separatista può serbare in caso di alienazione la sua garentìa sul prezzo. Ma riguardo alla cosa pignorata la vendita all'incanto o l'aggiudicazione della cosa al creditore pignoratizio può sottrarla ai separatisti senza ch'essi possano assolutamente rifarsi. L'art. 2061 stabilisce rispetto ai mobili alienati una sanzione eccezionale di fronte al diritto di separazione, che non giova estendere, ma restringere anzi, ove dovesse occorrere, nei termini più angusti.

Le leggi romane, cui si può ben ricorrere nell'argomento, contrastano apertamente a questa illazione. Dice Ulpiano: « Sciendum est autem, etiamsi obligata res esse proponatur ab herede iure pignoris vel hypothecæ; attamen si hereditaria fuit, iure separationis hypothecario creditore potiorem esse eum, qui separationem impetravit: et ita Severus et Antoninus rescripserunt » (2). Nè si può, come fa il Melucci, limitare la preferenza al creditore ipotecario ed asserire che il giureconsulto ha taciuto del creditore pignoratizio, perchè non credeva il suo responso applicabile egualmente alle due ipotesi: *lex ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit.* Ciò è assolutamente un voler forzare il linguaggio ed il pensiero. Nè, d'altra parte, il diritto romano fa questa netta differenza

(1) Demolombe, *Cours de Code civil*, vol. XVII, n. 184; Melucci, op. cit., pag. 93 e seguenti.

(2) L. 1, § 3, D. *h. t.*

tra pegno ed ipoteca. [In base a indagini recenti d'un giovane scrittore svedese, il Fehr, è altresì probabile che precisamente *vel hypothecae* e *hypothecario* sieno parole interpolate].

17. Si contrasta pure che siano compresi nella separazione i frutti dell'eredità sia naturali, sia civili; s'intende sempre, percetti dopo l'apertura della successione. L'opinione comune è per l'affermativa in base alla massima « *Fructus augent hereditatem* », ma non mancano voci in contrario. Si osserva che quella massima può giovare là dove, come nel diritto romano, la separazione è vera e assoluta separazione, non già nel nostro diritto, dove essa è ordinata come un'ipoteca o altrimenti un diritto reale sui beni ereditari, senza tuttavia rinnegare le conseguenze della successione ereditaria. E coloro nei quali il concetto della confusione è così radicato che la costituzione di due patrimoni con un subbietto unico, pur così frequente in ogni tempo nel mondo giuridico, sembra innaturale ed illogica, a stento rispondono a questa obbiezione. Quanto a noi, giova pur richiamare che se la separazione costituisce una garentìa reale sui beni ereditari, li tiene perciò appunto distinti rispetto ai creditori separatisti dai beni dell'erede come un patrimonio a sè, spettante all'erede sì, ma destinato ne' suoi elementi presenti e futuri al soddisfacimento dei creditori del defunto, in quanto esso è capace d'aumenti proprî e proprie diminuzioni; e come i creditori devono tollerare che la loro garentìa scemi per eventuale perdita o estinzione, così ogni aumento eventuale deve tornare in loro vantaggio.

[Quest'argomentazione non mi sembra più così perentoria; anzi, a dire il vero, la massima *fructus augent hereditatem* è fuor di luogo e le variazioni di un patrimonio per aumenti o diminuzioni non concernono i frutti, finchè non sieno capitalizzati. L'opinione, che comprende i frutti nel patrimonio separato è bensì vera per diritto romano,

in quanto nel diritto romano la separazione è un incidente della procedura esecutiva e all'erede è vietata ogni alienazione, tolta insomma la disponibilità delle cose ereditarie: il suo diritto, si può dire, non gli conferisce normalmente se non l'ignominia della esecuzione e della pubblica vendita in proprio nome. Non è vera per diritto moderno, ove la separazione è un'ipoteca o a ogni modo un diritto reale di garentìa — che si attua inoltre mediante l'iscrizione sui singoli beni immobili (art. 2060 Cod. civ.) e mediante l'inventario dei beni mobili (art. 901 Cod. proc. civile) — e all'erede non è tolta la disponibilità delle cose. S'intende che in fase esecutiva il possessore dell'immobile ipotecato dovrà anche i frutti (art. 2021 Cod. civ.); ma non prima].

Capo V. — **Effetti della separazione. Rapporti dei separatisti coll'erede, coi suoi creditori, coi non separatisti.**

18. Rapporti dei creditori e legatari separatisti coll'erede e suoi creditori. — 19. Retroattività dell'iscrizione della separazione. — 20. Rapporti tra i creditori ed i legatari separatisti ed i non separatisti; controversie nella dottrina. — 21. Soluzione della questione nel sistema del nostro Codice civile.

18. Dobbiamo ora esaminare gli effetti della separazione dei patrimoni e in primo luogo i rapporti dei creditori e legatari separatisti con l'erede, coi creditori dell'erede, coi creditori e legatari non separatisti.

La separazione dei patrimoni non cancella nei riguardi dell'erede gli effetti della *successio in ius* (1): quindi l'erede è obbligato al pagamento dei debiti *ultra vires*, qualora non abbia accettato col benefizio dell'inventario.

Ma qui viene in campo la questione della divisibilità o indivisibilità delle obbligazioni in caso di coeredità. Di regola l'obbligazione, salvochè sia indivisibile, o non ne sia

(1) Cfr. Demolombe, XVII, 155, 218 e segg.; Laurent, X, 70, 73; Pacifici-Mazzoni, VI, 237; Ricci, X, 305.

in qualunque modo vietata la divisione, è soddisfatta da ciascuno dei coeredi in proporzione della sua quota ereditaria; insomma i debiti come i crediti sono divisi *ipso iure* tra i varî coeredi. Questo principio, sancito all'articolo 1027 Codice civile circa la contribuzione al pagamento dei debiti, ripetuto all'art. 1204, capoverso, in materia di obbligazioni divisibili e indivisibili, è anche ribadito in generale all'articolo 1029, ma per soggiungere tosto l'eccezione che ora ci interessa: « Gli eredi sono tenuti ai debiti e pesi ereditari personalmente in proporzione delle lore quote e ipotecariamente per l'intero, salvo il regresso, se vi ha luogo, contro i coeredi in ragione della parte per cui essi devono contribuire ». Ora si domanda: i creditori separatisti avranno diritto di esigere l'intero, come creditori ipotecari, da qualunque dei varî coeredi, lasciando ad esso la cura di regolare le partite con i suoi coobbligati, ovvero dovranno dividere la propria azione tra i varî coeredi? Dicono i sostenitori della divisibilità: la regola è che l'obbligazione si divide tra i varî coeredi e, si può soggiungere, è regola antica, conservatasi inalterata nei secoli, abbastanza conforme a equità: sôrta quasi a paro colla coeredità, poichè la si trova sancita dalle XII Tavole, essa non incontra se non l'eccezione stabilita dalla natura delle cose in caso di obbligazione indivisibile sancita dal nostro Codice all'art. 1205: e sono più che eccezioni, limitazioni naturali, le quali non vietano in conseguenza che il generale precetto per cui ciascun coerede non è obbligato se non per la sua parte, produca i suoi effetti fin dove è possibile. Così, a parte il diritto di regresso, egli ha di fronte al creditore stesso il diritto di chiedere un termine per chiamare in causa i suoi coeredi (art. 1208). Ad ogni modo in niun articolo è annoverato tra le eccezioni il benefizio della separazione.

Dalla parte dei fautori dell'indivisibilità è forte la tendenza di desumere l'indivisibilità dalla *separazione stessa dei patrimoni*. Nè questo argomento è fallace. Anche nel nostro diritto in cui la separazione ha così netta figura di

vincolo e garentìa reale rispetto ai creditori del defunto, la separazione impedisce la confusione, e per conseguenza i creditori del defunto hanno sempre diritto di esser soddisfatti per intero da chicchessia sui beni ad essi riservati. Tutti coloro però che tengon fermo il carattere ipotecario del diritto di separazione insistono su questo: I creditori separatisti sono creditori ipotecari, laonde l'eccezione stabilita dall'art. 1029 riguarda anch'essi. Che tali siano divenuti al momento della delazione dell'eredità poco importa.

E tale argomento sembra a noi pure inconfutabile. Se anche non si vuol pronunciare la parola «ipoteca», cert'è che tutte le disposizioni relative all'ipoteca sono applicabili, per espressa disposizione di legge, al vincolo derivante dalla separazione (art. 2065 Cod. civ.), e tra queste disposizioni, anche indipendentemente dall'art. 1029, è ben da annoverare il canone della indivisibilità, per cui l'ipoteca sussiste *per l'intero* sopra tutti i beni vincolati, sopra ciascuno di essi e sopra ogni loro parte (art. 1964 Codice civile). Vi ha una ragione per ammettere che la separazione produca al riguardo effetti più limitati, che la regola dell' indivisibilità non vi si applichi? Questa ragione non vi ha, nè si può adunque resistere alla logica deduzione dal carattere ipotecario (1).

Ma dove l'indole ipotecaria della separazione si esplica con maggiore evidenza è nei rapporti con i creditori originari dell'erede, in contemplazione dei quali appunto la separazione è ordinata. I creditori del defunto sono divenuti anch'essi creditori dell'erede, perchè la *successio in ius* non è totalmente infirmata dalla separazione; ma sono creditori

---

(1) Per la dottrina cfr. Demolombe, XVIII, 210 e segg.; Laurent, X, 64; Pacifici-Mazzoni, V, 227; Ricci, X, 299. Le più recenti sentenze in materia sono: per la indivisibilità: Appello Lucca, 18 marzo 1889, Borromei c. Vellutini (*Foro Ital.*, 1889, I, 1013, con richiami in nota); App. Firenze, 6 maggio 1893, Pozzi, Gigli c. Ciacci (*Id.*, 1893, I, 1032); contro la indivisibilità: App. Torino, 18 giugno 1887, Cassa di Risparmio di Vercelli c. Pugliese (*Giur. Tor.*, XXIV, 499).

ipotecari. Onde essi hanno tutti i diritti dei creditori con le preferenze nascenti dall'ipoteca. Tutti i beni dell'erede, non i soli beni ereditari, sono costituiti a loro generale garentìa (art. 1949); quindi non solo, se i beni ereditari non soddisfano interamente il creditore, egli può far subastare gl'immobili dell'erede, ma può farlo senz'altro in qualunque caso, col consenso dell'erede stesso ormai suo debitore (art. 2080). Il Pacifici-Mazzoni vorrebbe per vero escludere l'applicazione dell'art. 2080, costringendo i creditori ereditari a rivolgersi prima contro i beni ereditari (1), e si capisce il sentimento che muove l'illustre autore. La posizione fatta ai creditori originari dell'erede non è in questa ipotesi troppo equa; ma nel sistema del nostro Codice non è possibile reagire a questa conseguenza: il fatto è che la *successio in ius* genera mille inconvenienti e volendo correre al riparo con eccezioni e benefizi, senza abbandonare il principio, avviene che il rimedio ora non raggiunge il suo scopo, ora, come nel caso presente, per ragioni di logica applicazione lo oltrepassa.

19. La legge s'è però preoccupata giustamente di parare un altro inconveniente che poteva sorgere dalla data della domanda e dell'iscrizione della separazione. L'erede poteva nel frattempo avere alienato beni ereditari, aver costituito delle ipoteche su beni che ormai erano suoi, a favore dei suoi creditori prima dell'iscrizione operata dai creditori del defunto. Nel sistema rudimentale ancora del diritto romano, limitato alla fase esecutiva, non v'era contro simili atti rimedio, quando essi fossero compiuti in buona fede tra l'adizione e la domanda di separazione (2): compiuti dopo la

(1) Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. comm.*, vol. IX, n. 244, pag. 442.

(2) L. 2, D. *h. t.*, 42, 6: « quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent ». Tuttavia un rescritto di Severo e Caracalla già ebbe disposto che le ipoteche consentite nel frattempo non pregiudicassero il diritto dei separatisti (L. 1, § 3, *eod.*). Ma propria-

domanda di separazione, si potevano rescindere. Il nostro legislatore ha battuto diversa via, negando che le ipoteche anche inscritte e le alienazioni anche trascritte abbiano a pregiudicare il diritto dei separatisti (art. 2062): il che vuol dire che, per una delle solite finzioni, la data dell'iscrizione presa nel termine di tre mesi, si fa risalire al momento dell'aperta successione (1). E questa sanzione è generale, e si applica quindi non solamente alle ipoteche convenzionali, ma altresì alle giudiziarie e legali iscritte contro l'erede. Ma s'intende da sè, nè qui si viola la logica, perchè certo è conforme alla lettera e allo spirito della legge, che non si applica di fronte ai terzi, quando ne riesce pregiudizievole al creditore stesso l'applicazione: per es., in ordine alla prescrizione dell'ipoteca la data di essa si computa dal giorno della reale iscrizione.

Va da sè che soddisfatti i creditori separatisti, se residuo vi è, su questo concorrono, secondo le solite norme, gli aventi causa dall'erede.

20. E veniamo ora alla più ardente questione, suscitata dal rapporto tra i creditori e legatari separatisti ed i non separatisti. Che i creditori separatisti nei reciproci rapporti si trovino in ugual condizione, salvo le cause di prelazione speciali a ciascuno, che in altri termini la separazione non alteri punto l'essenza e il grado dei loro diritti rispettivi, è cosa di schietta intuizione, nè occorre fermarsi ad esaminare le conseguenze del fatto: secondo i varî sistemi si giustifica diversamente il fatto, ma non v'hanno in proposito

---

mente per la fase anteriore al periodo esecutivo, soccorreva la *satisdatio*, che si può esigere dall'*heres suspectus*. Anche nel nostro diritto in ordine ai mobili fa ben d'uopo ricorrere a misure conservative (Cod. proc. civ., art. 901).

V. Solazzi, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII, pag. 263-265.

(1) Ciò vale anche per le ipoteche che fossero state dall'erede concesse ai creditori del *de cuius* che non hanno agito in separazione (cfr. App. Palermo, 7 aprile 1893, Scoppa c. Meli, in *Annali*, 1894, 2, 11).

oscillazioni nè nella dottrina nè nella giurisprudenza. Ma che avverrà se alcuni creditori del defunto o legatari non chiedano la separazione? Che avverrà nel caso più grave che la chiedano i legatari, non la chiedano i creditori o almeno non la chiedano tutti?

Due opinioni si contrastano il campo. Secondo la prima, rigorosa, i creditori non separatisti sono totalmente esclusi dal patrimonio del defunto, finchè i separatisti non siano integralmente soddisfatti delle loro ragioni: essi vengono posposti agli stessi legatari separatisti: insomma essi vengono parificati interamente ai creditori originari dell'erede, e, come questi, non hanno diritto che al residuo, se vi ha un residuo. La preferenza dei separatisti sui non separatisti è *assoluta*.

Secondo l'altra, più benigna, i creditori non separatisti conservano diritto alle loro quote sul patrimonio del defunto e subiscono solo il danno di concorrere su questo insieme cogli aventi causa dall'erede. La preferenza dei separatisti è assoluta di fronte ai creditori dell'erede, ma è *relativa*, meramente *concorsuale* di fronte ai creditori del defunto non separatisti.

Facciamo il caso pratico ed il più semplice possibile: il defunto aveva un patrimonio di 100, e dieci creditori, ciascuno per 25; l'erede è anche più oberato, sicchè conviene ai creditori di chiedere la separazione, e se tutti la chiedono non v'ha questione: ciascuno riceve nel concorso 10. Ma se quattro la domandano e sei no, allora, secondo la dottrina più rigida, i quattro si pagano per intero sul patrimonio del defunto (4×25) e gli altri sei ne sono affatto respinti e rinviati all'erede, che è insolvibile. Secondo la dottrina più mite, gli uni e gli altri, separatisti e non separatisti, hanno sempre 10, salvo che i primi hanno invariabilmente salvi quei 10, gli altri devono subire il concorso dei creditori originari dell'erede, di fronte ai quali non hanno curato di fornirsi della garentìa della separazione.

La questione, discussa anche nel campo romanistico, si ripete con maggior calore nel diritto moderno ed è ancora lungi dall'essere risoluta o sopita; dall'una parte e dall'altra si può dire che si bilancino autori e giudicati (1). Il rovello che dà una simile questione alla dottrina ed alla giurisprudenza rivela il tarlo del nostro sistema ereditario, per cui, volendo eliminare singolarmente e separatamente i numerosi inconvenienti della *successio in ius*, e non cumulativamente, che sarebbe rinnegarla affatto, si è tratti a limitare con uno studio penoso ogni derogazione introdotta, col rischio perenne di non trovare il limite o di esagerare la

(1) Sostenitori dell'opinione più rigorosa, che esclude totalmente i creditori non separatisti dal patrimonio del defunto sono: Righini, opera citata, pag. 78; Levi, op. cit., pag. 115; Melucci, op. cit., pag. 318; Chironi, in *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1891, vol. XII, pag. 357; Mirabelli, op. cit., n. 7, 9, 37; Cuzzeri, in *Temi Veneta*, 1880, pag. 45, e *Gazz. Trib.*, 1881, pag. 558 (lo stesso articolo); Gabba, in *Giur. Italiana*, 1893, I, 2, 311 (in nota alla contraria sentenza della Corte d'appello di Milano, 20 febbraio 1893), e finalmente Losana, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, pag. 284, e in *Giurispr. Italiana*, 1892, IV, 109.

Fautori dell'opinione più mite, che restringe il danno dei non separatisti ad ammettere nelle loro quote il concorso dei creditori dell'erede: Tartufari, in *Arch. Giur.*, 1876, vol. XVI, pag. 142; Tassi, *Id.*, 1888, XLI, pag. 154; Sansonetti, in *Foro Ital.*, 1890, I, 64; Luzzati, *Privilegi e ipoteche*, 1752, 2, pag. 67; Castelbolognesi, in *Rivista Giur.*, vol. IV, pag. 183.

I *Trattati generali* (Pacifici-Mazzoni, Ricci, Lomonaco, ecc.), rappresentano questa seconda opinione, salvo il Borsari.

Si può avere un'idea del contrasto che regna in proposito nella giurisprudenza dal seguente prospetto.

Per l'opinione più mite: Cassazione Firenze, 4 maggio 1876, Morelli c. Calamai (*Foro Ital.*, 1876, I, 1195); App. Modena, 2 marzo 1877, Lanzoni c. Salsi (*Ann.*, 1877, 2, 331); Cass. Torino, 31 dicembre 1880, Morteo c. Cassa di Risparmio di Cuneo (*Foro Ital.*, 1881, I, 800); Appello Modena, 4 febbraio 1881, Salvioli c. Basola, per la Cassa di Risparmio di Reggio (*Id.*, 1881, I, 1226); App. Casale, 8 febbraio 1881, Benaglio-Mazza-Strada (*Ann.*, XV, 3, 238); Cassazione Torino, 29 aprile 1881, Ferrery c. Bordy e De Filippi (*Giur. Tor.*, 1881, 508); Appello Milano, 10 dicembre 1883, Caccia di Romentino c. Rescalli e Borsini (*Man.*, XXV, 979); Appello Modena, 23 maggio 1884, Eredità beneficiata Rocca c. Fantuzzi (*Giur. Ital.*, 1884, II, 452); App. Casale, 18 luglio 1884, Cambiaggi c. Poggi e

iniquità dall'una delle parti per correre al riparo dall'altra: di qui dubbî, intime contraddizioni, vane complicazioni. Giova riconoscere questa nostra posizione anche interpretando la legge positiva, poichè la chiara percezione degli intrinseci difetti nella formazione e redazione del precetto legislativo scioglie da molte preoccupazioni che inceppano e angustiano l'interprete.

21. Procuriamo di riassumere e integrare, dove faccia bisogno, i ragionamenti a favore dell'una e dell'altra opinione.

Banca Popolare di Novi (*Giur. Cas.*, IV, 373); Cass. Roma, 4 settembre 1889, Veldeccia c. Fallita Zuzi (*Foro Ital.*, 1890, I, 65, con nota favorevole del SANSONETTI); App. Genova, 14 giugno 1890, Brunetti c. Brunetti (*Temi Gen.*, 1890, 431); Appello Venezia, 31 luglio 1890, Tell c. Finanze (*Temi Ven.*, 1890, 511); App. Casale, 7 luglio 1891, Banca Agricola di Alessandria c. Banca Popolare (*Giur. Cas.*, 1891, 280); Appello Venezia, 9 luglio 1891, Finzi, Formaggini, Cerli c. Samonatini, Pegoraro (*Temi Ven.*, 1891, 578); App. Casale, 1° aprile 1892, Mogliotti c. Giolito (*Giur. Cas.*, 1892, 259). [App. Milano, 9 febbraio 1904 (*Filangieri*, 1904, pag. 206); App. Firenze, 10 dicembre 1903 (*Foro Ital.*, 1904, I, 176); App. Palermo, 29 ottobre 1904 (*Foro Sic.*, 1904, pag. 628); Trib. Sarzana, 26 agosto 1909 (*Temi Gen.*, 1909, 733)].

In caso di beneficio d'inventario: Appello Brescia, 17 giugno 1887, Ridolo c. Abbeni (*Foro Italiano*, 1887, I, 1074, con nota dell'avvocato CASTIGLIONE).

Per la contraria e più rigorosa opinione: App. Torino, 25 febbraio 1880, Cosso c. Banca di Vigevano (*Giur. Tor.*, 1880, 455); Cass. Torino, 26 giugno 1886, Cassa di Risparmio di Correggio c. Bertoloni (*Foro Ital.*, 1886, 1166, con nota); App. Genova, 20 luglio 1887, Torre e Romanengo c. Sbarbaro ed altri (*Id.*, 1887, I, 954); App. Palermo, 13 aprile 1888, Cassa di Risparmio di Palermo c. Alfano ed eredità Daddi (*Id.*, 1888, I, 1239); App. Catania, 22 ottobre 1888, Consoli e Rapisardi c. Tomaselli (*Id.*, 1889, I, 166); Id., 14 gennaio 1890, Casano c. Lombardo (*Giur. Ital.*, 1890, II, 448); Id., 1° settembre 1893, Pennini e Castiglione (*Foro Cat.*, 1893, 222); Cass. Palermo, 12 gennaio 1890, Lombardo c. Tuminetto e Daddi (*Giur. Ital.*, 1890, I, 1, 478); Id., 4 marzo 1893, Puzzo e Intagliata (*Id.*, 1893, I, 1, 852); Id., 17 marzo 1896, Banco di Sicilia c Banca d'Italia (*Foro Ital.*, 1896, I, 580). [Cass. Napoli, 17 gennaio 1901 (*Dir. e Giur.*, 1901, 220); Cass. Firenze, 4 agosto 1904 (*Foro Ital.*, 1904, I, pag. 1221, con nota); Cass. Palermo, 6 luglio 1905 (*Id.*, 1905, I, 1180, con nota); Tribunale Palermo, 16 febbraio 1909 (*Foro Sic.*, 1909, 149)].

La teoria dell'esclusione assoluta dei non separatisti dal patrimonio del defunto si può ridurre nei termini seguenti: i creditori separatisti hanno acquistato un'ipoteca, sia pure un'ipoteca *sui generis*, sui beni ereditari, i creditori non separatisti hanno omesso di acquistarla: non devono i primi come creditori ipotecari esser soddisfatti, sia pure fino all'esaurimento dei beni predetti? I non separatisti ne ricevono danno: che importa? *Vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt.* L'opposta dottrina si potrebbe sostenere, assumendo però sempre una diversa figura ed estensione, qualora il benefizio della separazione fosse, come s'usa dire, collettivo, cioè che dimandato dall'uno giovi agli altri, ma allora si avrebbe anche di più, che i creditori negligenti diverrebbero separatisti per fatto altrui e non si ammetterebbe nemmeno nelle loro quote il concorso dei creditori dell'erede: ma così non è certamente. Il benefizio della separazione è personale, giova soltanto a chi lo domanda e su di ciò il nostro Codice si pronuncia espressamente: « *La separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata* » (art. 2063). La qualità di creditore del defunto ha *un significato e una entità in quanto si chieda la separazione e si diventi creditore separatista*, il che vuol dire ipotecario sui beni che già appartenevano al defunto: a rigor di termini *tutti sono creditori dell'erede*, e rinunciando alla separazione, non si ha diritto di serbare alcuna preferenza rispetto ai creditori originari dell'erede, di essere annoverati in una categoria diversa da questi. E se i giureconsulti romani non risolvono la presente questione direttamente, ben si può dire che la risolvano indirettamente coll'enunciare il principio di massima nella questione generale, se la separazione chiesta da alcuni giovi a coloro che hanno seguìto l'erede. Dice Ulpiano: « Quaesitum est, si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti, et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt. Et putem, nihil iis prodesse: *hos enim cum creditoribus heredis nume-*

randos » (1). È chiaro dunque: se i non separatisti s'hanno ad annoverare tra i creditori dell'erede, ciò vuol dire che devono essere trattati alla pari dei creditori dell'erede, che devono cedere, come costoro, ai separatisti il patrimonio ereditario fino al soddisfacimento integrale delle loro ragioni.

Ragioniamo ora, alla stessa stregua dei principî e della logica, la teoria che serba ai creditori non separatisti le loro quote: Il benefizio della separazione è individuale e deve esser domandato: la separazione giova soltanto a chi la chiede: sta bene. Ma tutto sta ad intendersi sui limiti di questo *giovamento:* la separazione giova *contro i creditori dell'erede*, stabilisce di fronte ad essi una preferenza, non di fronte agli altri creditori del defunto. È la nostra legge che espressamente definisce questo limite: « La separazione ha per oggetto il soddisfacimento col patrimonio del defunto dei creditori di lui e dei legatari che l'hanno domandata *preferibilmente ai creditori dell'erede* » (art. 2055 Codice civile). Il disposto è chiaro, e tutto ciò che si può indurre dallo spirito della legge non fa che corroborare questo limite. Non è negli scopi della separazione, nè poteva essere nell'intento del legislatore di stabilire una simile preferenza di fronte ai creditori ereditari stessi, di fare che la concessione d'un benefizio abbia loro a nuocere, se non l'implorano. Che il non chiedere la separazione li privi del diritto di escludere dal concorso sul patrimonio del defunto i creditori originari dell'erede, ciò è logico, naturale: ma che abbia a peggiorare la loro posizione, ciò non esige la logica, perchè è invece troppo naturale che, rinunciando al benefizio, la loro condizione sia quale sarebbe se il benefizio non esistesse o se niuno l'avesse dimandato.

E ammessa pure l'ipoteca, non può il legislatore avere ordinato questa ipoteca in un modo speciale, sia pure imperfetto? Certo che può: nè conviene, fissato il concetto, abbandonare totalmente le particolari disposizioni legisla-

(1) L. 1, § 16, D. *h. t.*

tive: la costruzione non deve soffocare la legge: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.* La preferenza si deve restringerla di fronte ai creditori dell'erede. Avremo un'ipoteca limitata, un'ipoteca relativa: l'azione ipotecaria giova contro tutti, ma si spunta in parte di fronte ai creditori del defunto non separatisti. Che per « creditori dell'erede » intenda il legislatore gli originari creditori dell'erede, non v'ha dubbio: si può invero dubitare se sia buono questo prendere alla lettera un inciso « *preferibilmente ai creditori dell'erede* », col quale il legislatore avrà inteso esprimere lo scopo normale, il motivo che indusse storicamente e suole indurre praticamente la separazione, senza che alla sua mente si affacciasse punto (come si affacciò alla mente del legislatore romano) l'anomalia di un richiamo alla separazione contro i creditori stessi del defunto. Però ammesso pur questo, si può ritenere che appunto per questo un'anomalia siffatta era troppo lontana dallo spirito, dagl'intenti suoi: che nel fornire una difesa ai creditori non intese di regalar loro un'arma a doppio taglio: che in tutti gl'istituti, nella tradizione storica, nella legge, nella coscienza comune l'opposizione e la lotta è tra creditori del defunto e creditori dell'erede, nè la legge e la coscienza fanno sottigliezze; creditori del defunto sono i creditori originari del defunto, creditori dell'erede sono gli aventi causa dall'erede.

Abbiamo cercato di porre innanzi nella miglior luce l'una e l'altra tesi, tralasciando gli argomenti atti piuttosto a indebolire che a rafforzare la persuasione, come l'inciso dell'art. 2063: « la separazione..... non altera fra di essi riguardo ai beni del defunto l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi », che si vuole addurre per l'opinione più mite ed evidentemente non vuol dire se non che la posizione rispettiva dei singoli separatisti non è alterata dalla garentìa comune che essi hanno conseguito. Noi dichiariamo di essere rimasti lungamente dubbiosi, e solo dopo una certa resistenza ci siamo decisi per la dottrina più rigorosa.

Lasciando pure che intento del legislatore fu di togliere di mezzo la controversia e sancire nell'art. 2063 colle parole: « la separazione non giova che a coloro che l'hanno domandata » precisamente l'esclusione *assoluta* dei non separatisti dal patrimonio del defunto, come appare dalla Relazione Pisanelli (1), lasciando pure che dove l'interpretazione letterale è chiara, come nell'art. 2063, le parole della Relazione sono decisive per non dipartirsi da quella, l'argomentazione logica, quando sia tale veramente, e non rappresenti una fallace dialettica, deve spuntarla sui dubbî argomenti pratici di danni e vantaggi, sui ricorsi pericolosi al sentimento e all'equità. *Tutto* il patrimonio del defunto è riservato ai separatisti, su *tutto* il patrimonio del defunto grava la garentìa reale a favore di coloro che la separazione hanno domandato: essi hanno sui beni una causa legittima di prelazione che li fa preferire su di quelli a tutti i creditori comuni. E tali sono i non separatisti, che non abbiano, s'intende, cause anteriori di prelazione costituite contro il defunto; creditori personali del defunto, *essi divengono per la successione ereditaria creditori personali dell'erede*, con

(1) Meritano d'esser riferite le parole della Relazione Pisanelli, che sono un commento anche alla retta interpretazione dell'inciso « *e non altera fra essi* » (cioè fra coloro che han domandato la separazione), ecc.:

« Erasi anche dubitato se la domanda del benefizio di separazione fatta da alcuno degli interessati giovasse pure agli altri. La giurisprudenza si pronunziò generalmente in senso negativo. Dovendo la domanda del benefizio indicare la somma per cui è chiesta la separazione non può operare che sino alla concorrenza di questa somma riguardo ai terzi; stabilendo altrimenti, si derogherebbe al sistema della pubblicità. Nè si può ammettere che gli altri creditori o legatari si prevalgano della separazione ottenuta da alcuno di loro, sino alla concorrenza della relativa somma, imperocchè il creditore o legatario che fu diligente a cautelare il suo diritto contro i terzi sarebbe in tal caso pregiudicato dal concorso di quelli che non pensarono a garantirsi. Fu quindi stabilito che la separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno domandata, ma non altera fra essi riguardo ai beni del defunto l'originaria condizione giuridica dei titoli rispettivi ed i loro diritti di poziorità ».

Lo stesso pensiero si rileva dalla Relazione Vacca della Commissione del Senato.

quella garentìa generica su tutti i beni dell'erede, tanto il patrimonio originario suo, quanto il patrimonio ereditario, che cede di fronte a qualunque causa legittima di prelazione (art. 1949 Cod. civ.). Con quale diritto si verrebbe a togliere ai separatisti una parte dei beni, sui quali essi hanno siffatta causa di prelazione, prima che siano integralmente soddisfatti?

Il dissimulare l'irregolarità della soluzione contraria col riguardo che la separazione si vuole non abbia a nuocere ai non separatisti, ma *non giova loro*, perchè nelle loro quote chiamano i creditori originari dell'erede, significa tradire la logica due volte, prima col sottrarre agli aventi una causa di prelazione parte dei beni sui quali questa prelazione si esercita, poi col chiamare i creditori originari dell'erede, che il diritto di separazione esercitato su tutti i beni del defunto esclude da tutti i beni del defunto. E per questo rispetto, oltre alla violenza fatta all'istituto della separazione, non si può nemmeno parlare d'equità.

Sicuramente la posizione dei creditori che non chiedono la separazione viene ad essere aggravata per il fatto che alcuni la chiedono; ma è questa conseguenza della *successio in ius*, è conseguenza del carattere individualistico di siffatti benefizî; carattere anch'esso romano, estrinsecazione dell'egoistico *vigilantibus iura*, concetti cui la tradizione romana dona un'aureola ed una forza di conservazione, che inceppa il pensiero ed il progresso.

Appendice. — Dal tempo in cui scrivevamo queste pagine, la questione del rapporto tra separatisti e non separatisti si è fatta, s'è possibile, più ardente. In favore dell'opinione più mite sono scesi in campo con una discussione più approfondita e in parte con argomenti nuovi, romanisti, civilisti e commercialisti: il Baviera, il De Luca, il Bonelli, l'Olivieri, il Dusi negli scritti citati. Ma l'opinione più rigorosa è stata nuovamente difesa dal Losana, dal Corte-Enna, e in favore di essa si sono anche pronunciati

il Venezian (1) e il Coviello Nicola (2): i due gagliardi civilisti ora dolorosamente entrambi scomparsi.

Noi abbiamo meditato *ex novo* la questione colla maggiore imparzialità, ma il risultato è stato di farci meglio rilevare quello che, a nostro avviso, è il sofisma nascosto dell'opinione dominante e riconfermarci quindi nella teoria più rigorosa.

La questione tuttavia deve essere ripresa, perchè alcuni degli argomenti della teoria più rigorosa sono veramente spuntati e gli avversari, come dicemmo, sono scesi in campo con argomenti nuovi.

Anzitutto non si può addurre per la nostra tesi il frammento ulpianeo (L. 1, § 16). La questione discussa da Ulpiano non è propriamente se la separazione giovi *in una certa misura* anche ai non separatisti, bensì se coloro che non l'hanno chiesta debbano essere attratti *in tutto e per tutto* nel benefizio, debbano, vale a dire, esser riguardati come separatisti per il fatto che alcuni hanno chiesto la separazione. Si tratterebbe, insomma, di una questione più generale che tra i giureconsulti romani si agita, perchè a prima vista la soluzione affermativa sembra in conflitto col principio romano che non si può acquistare diritti per mezzo altrui, con l'esclusione, cioè, della rappresentanza: ed è se per ripercussione in taluni casi, trattandosi di un benefizio collettivo, l'atto di un solo possa avere efficacia per tutti. Una delle applicazioni più prossime al nostro tema è quella della *missio in bona debitoris*, chiesta dall'uno dei creditori: il giureconsulto Paolo, posta la questione, la risolve nel senso che la richiesta dell'uno vale per tutti, perchè la concessione del pretore non è fatta alla persona, ma *in rem*: chi fa la domanda non compie un atto di acquisto, ma mette in moto una macchina: *aliquid ex ordine facit* (3).

---

(1) *Dell'usufrutto*, nella *Collez. Fiore*, 1895, pag. 413, n. 1.

(2) *Corso completo sul diritto delle successioni*, 2ª ediz., Napoli, 1914, vol. I, pag. 526 e seguenti.

(3) L. 12, D. *de reb. auct. iud.*, 42, 5. Il testo serba traccie notevoli di interpolazione; ma la decisione nella sostanza dev'esser classica.

Vi ha tra questo punto di vista e quello dell'opinione più mite una differenza essenziale, in quanto i seguaci di questa non dicono che coloro che non chiedono la separazione divengano separatisti per il fatto che alcuni la chiedono, ed escludano quindi dal concorso i creditori dell'erede, ma unicamente che non perdono il diritto alle loro quote di concorso sul patrimonio del defunto.

Si potrebbe tuttavia ritenere pur sempre che Ulpiano, se non decide la nostra questione, porga la chiave per risolverla con dichiarare che coloro i quali non chiedono la separazione sono da annoverare tra i creditori dell'erede. Se non che l'interpretazione di questo vessatissimo testo dev'essere messa in correlazione con quanto precede. Ed allora se non diventa proprio un argomento a favore dell'opinione più mite, per lo meno perde ogni forza probante a favore dell'opinione rigorosa. Nei paragrafi precedenti, il giureconsulto ha trattato l'ipotesi, per cui si perde il diritto di chiedere la separazione, o si decade, e specialmente si è intrattenuto a lungo (§§ 10, 11, 15) sulla perdita che deriva dall'accettare espressamente l'erede come debitore: e questo accettare l'erede come debitore è detto in generale *heredem sequi*, *nomen heredis sequi*, *heredis personam sequi*, o anche *fidem heredis sequi* (L. 2, Cod., 7, 72). Ciò posto, se in questo senso si deve interpretare l'*heredem sequi* del § 16, il testo di Ulpiano dovrebbe essere tradotto nel seguente modo: alcuni dei creditori del defunto hanno accettato l'erede come debitore, e sono quindi, aggiungiamo, decaduti dal diritto di chiedere la separazione: altri non hanno compiuto alcun atto di accettazione, e costoro chieggono la separazione. Si domanda se per fatto di costoro anche coloro che non soltanto non l'hanno chiesta, ma *hanno accettato l'erede come debitore* vengano a fruire del benefizio. Il giureconsulto risponde negativamente, poichè coloro che hanno seguìto l'erede sono da annoverare tra i creditori dell'erede. Questa interpretazione è sostenuta con vigore ai nostri giorni dal Baviera, salvo che egli intende, cosa che per ora non ci riguarda, che la

accettazione dell'erede come debitore significhi sempre novazione (1). Non è però accettata dai più. Il Fadda, ribadendo l'opinione dominante, osserva che se il *sequi heredem* dovesse significare la decadenza per aver accettato l'erede come debitore, la domanda di Ulpiano sarebbe inutile. « Non fu forse già detto che chi accetta l'erede come debitore, non può domandare la separazione? E non fu detto così perchè si ritenne che fosse divenuto creditore dell'erede? Che bisogno aveva Ulpiano di dire di nuovo che quelli che accettano l'erede come debitore entrano solo come creditori di costui? Perchè poteva sorgere dubbio che vi fosse differenza tra la facoltà di domandare la separazione e il diritto di profittarne » (2). Nonostante l'autorità dei seguaci dell'interpretazione dominante, cui accede il Fadda, io ho gravi dubbî che questa si possa difendere. Non mi sembra possibile che Ulpiano nel § 16 sia repentinamente passato ad adoperare la frase *sequi heredem* in un senso diverso da quello in cui l'adopera nei paragrafi precedenti, diverso da quello che sembra essere il senso tradizionale nella giurisprudenza romana, poichè lo ritroviamo anche in un rescritto di Gordiano. Il *sequi heredem* deve significare accettare l'erede come debitore, quindi esser decaduto dal diritto di chiedere la separazione. Non è l'ipotesi di chi resta passivo, ma l'ipotesi, come vedremo, di chi compie un atto di rinuncia. Ciò posto, l'interpretazione difesa dal Baviera è la sola giusta e pertanto il frammento di Ulpiano dev'essere per lo meno eliminato dalla questione e l'opinione dominante perde la sua base esegetica.

Quello che vi ha di singolare è che una posizione analoga di cose si ripete nel diritto civile. Anche nel diritto civile l'articolo 2063, il quale a prima vista sembra troncare la questione in favore dell'opinione dominante (« La separazione dei patrimoni non giova che a coloro che l'hanno doman-

---

(1) Baviera, *Commodum separationis*, pag. 91 e seguenti.
(2) Fadda, *Concetti fondamentali*, II, pag. 398.

data »), e il commento della Relazione Pisanelli, che a prima vista sembra così decisivo per la tesi più rigorosa, nel pensiero dei fautori dell'opinione più mite non significano se non questo, che i non separatisti non sono attratti dai separatisti, significano in breve che il benefizio è individuale, non collettivo, che la macchina della separazione non può essere messa in moto da un solo per tutti. E per quanto forse nel diritto civile permanga vagamente l'impressione che per lo meno il relatore fosse favorevole all'opinione dominante, nondimeno è più prudente asserire che dal lato esegetico la questione non è risoluta.

Ma l'argomento principe dei fautori dell'opinione più mite, il vero caposaldo, è il seguente: la separazione *è diretta contro i creditori dell'erede*, ha per fine di escludere questi dal patrimonio del defunto. Quanto ai creditori del defunto essa non altera la loro posizione: chi la chiede avrà il vantaggio di escludere i creditori dell'erede, chi non la chiede non avrà questo vantaggio; ma non si può per questo pretendere che la separazione l'abbia a danneggiare, escludendolo totalmente dal patrimonio del defunto.

I nuovi difensori della dottrina più mite traggono inoltre argomento indiretto da varie disposizioni del codice. È principio generale, si dice, che dopo la morte di una persona non si possa tra i varî creditori stabilire una condizione di preferenza, non si possa alterare, insomma, rispetto al patrimonio ereditario, garanzia comune dei creditori, quella reciproca posizione giuridica in cui si trovavano all'apertura della successione. Lo impedisce il principio dell'eguaglianza di trattamento, a cui ognuno ha oramai diritto. Tale principio fondamentale di giustizia è quello a cui s'ispira la disposizione dell'art. 1971, che tanta analogia presenta col caso nostro: « Le sentenze di condanna non producono l'ipoteca giudiziale sui beni di un'eredità giacente accettata con benefizio d'inventario ». Si invoca altresì l'articolo 690, comma 2°, codice di commercio, che regola il fallimento *post mortem*: « Può anche dichiararsi il fallimento dopo la

morte del commerciante, ma soltanto entro l'anno da questo avvenimento ». Ora, si dice, poichè il principio fondamentale e animatore della procedura fallimentare è l'eguaglianza di tutti i creditori, così, se fosse vero che in quei tre mesi con l'esercizio della separazione i creditori possono, gli uni contro gli altri, crearsi diritti di prelazione, il codice di commercio avrebbe necessariamente dovuto porre una deroga espressa per il caso che entro l'anno fosse dichiarato il fallimento, essendovi perfetta ripugnanza tra lo stato fallimentare e la facoltà di *praecipere ceteris* tra i creditori.

Se non che il postulato essenziale e nascosto dell'opinione più mite, è un sofisma che si accetta a chius'occhi, trascinati dal sentimento, e che per la sua sottile natura si ripresenta sempre come se non fosse confutato, malgrado le dichiarazioni ripetute dei fautori dell'opinione rigorosa che i creditori non separatisti sono divenuti creditori dell'erede. Giova prendere posizione di fronte al sofisma. Quella opinione concepisce i creditori del defunto come investiti d'una posizione giuridica che essi conservano anche operato il trapasso ereditario. Come ogni creditore, anche non munito di cause speciali di prelazione, ha pur sempre a garentìa generale il patrimonio del suo debitore sul quale ciascun creditore ha un egual diritto, così i creditori del defunto, si pensa, hanno questa garentìa generale sul patrimonio del defunto. Dal giorno in cui l'obbligazione è stata trasportata dal *corpus* del debitore sui *bona*, questi sono diventati la *cautio communis* di tutti i creditori, la garentìa comune, come dice nel nostro diritto l'art. 1949 Codice civile. Ora è questa *cautio communis* che si invoca anche a favore dei creditori che non hanno chiesta la separazione.

Tutto questo ragionamento, che non è espressamente fatto, ma implicito, perde la sua forza precisamente quando sia nettamente formulato, come certe vaporose immagini che scompaiono alla luce del sole. La qualità di creditore del defunto, se non è mantenuta in piedi da una disposi-

zione speciale, *non ha un valore giuridico, ma un valore, per così dire, puramente storico.*

Dirò di più: *la qualifica di creditore del defunto giuridicamente è un assurdo*, perchè non si può esser creditori di un morto, e si deve al proposito ragionare in una maniera analoga a quella con cui Gaio ragiona nella teoria del quasi-usufrutto: il legislatore può bensì disporre che coloro i quali *erano* creditori del defunto si soddisfino sul patrimonio che a lui spettava, quando lo chiedano, pur divenendo o anche non divenendo affatto creditori dell'erede, ma non può dire che essi siano ancora creditori di una persona, che non ha più nè diritti, nè obblighi, nè capacità giuridica in generale, perchè non esiste più.

Ciò posto, il parlare d'una quota di concorso dei creditori non separatisti rispetto al patrimonio del defunto, è un non senso, perchè il debitore originario è morto, il suo patrimonio e i suoi debiti sono trapassati nell'erede, ed essi non possono che aver l'erede per loro debitore, e non hanno alcun diritto di scindere una parte del patrimonio dell'erede a loro garentìa, avendo omesso di esercitare quel benefizio di cui potevano fruire in base alla *qualità storica, oramai esaurita, di creditori del defunto.*

La stessa qualifica di *patrimonio del defunto è una qualifica puramente storica* la quale trae in abbaglio. In realtà abbiamo due patrimoni, due situazioni finanziarie, ciascuna delle quali può crescere e diminuire, aventi entrambe per subbietto l'erede; *sono due patrimoni dell'erede.* Se la legge accorda, a chi ne faccia richiesta, di essere collocato di preferenza sull'uno di questi due patrimoni, solo chi ne fa richiesta avrà questo diritto. Coloro che non si fanno innanzi non possono vantare alcun diritto per la circostanza che questo patrimonio un tempo costituiva anche la loro garanzia generale, in quanto era il patrimonio del loro creditore, giacchè tutto ciò appartiene al passato, e ad essi non è lecito, per queste memorie passate, di sottrarre ai creditori, che l'hanno invocata, la prelazione cui la legge

dà loro diritto. Ed è vano dissimulare poi quanto illogica sia la ulteriore conseguenza che si verifica rispetto ai creditori originari dell'erede, i quali, nonostante che sia chiesta la separazione, verrebbero a concorrere sul patrimonio che già appartenne al defunto, se tutti i creditori non l'hanno chiesta.

Quanto a quello che si affaccia come l'argomento principe, desunto dal fine della separazione, cioè che questa è diretta contro i creditori dell'erede, ma non deve alterare la posizione tra i creditori del defunto, esso da un lato per la sua natura non può avere il valore di argomento principe, dall'altro lato racchiude lo stesso sofisma. Per quel che concerne il suo carattere, esso è un argomento finale, cioè desunto dallo scopo, e tale quindi che può giovare precisamente come motivo pratico ispirato dalla funzione per rinforzare un'argomentazione e una costruzione logica, ma non può esser assunto a fondamento di alcuna tesi. Non si può confondere mai lo scopo, la funzione di una legge con la sua struttura. Nella maggior parte dei casi la struttura va sempre al di là, o resta al di qua dello scopo, e appena era lecito alla giurisprudenza romana di convertire con una certa libertà in legge la *ratio* stessa della legge. Ridotto ad una posizione modesta, l'argomento finale certo non è destituito di ogni valore; ma nel caso nostro anche questo modesto valore esso non ha, perchè in ultima analisi è viziato pur sempre da quel presupposto, che la qualità di creditore del defunto sia una qualità immanente, e che il concedere la preferenza assoluta alteri una posizione giuridica. In realtà abbiamo un diritto di prelazione che la legge accorda ai diligenti sopra una massa di beni *che spetta all'erede;* come qualunque diritto di prelazione, certo esso altera la posizione rispettiva dei creditori; ma quando è la legge che concede questo diritto, si può dire che alteri una posizione di fatto, non una posizione giuridica. I creditori originari del defunto hanno tanto diritto di risentirsi per questa diminuzione della loro *cautio communis*, quanto ne hanno i creditori dell'erede.

Per quel che concerne gli argomenti specifici addotti a rinforzare la posizione nel diritto civile, essi non sono atti a modificare questa concezione sotto l'impero del nostro Codice. Trattasi di argomenti di analogia e di presunti principî generali, e si può ben ritorcere agli avversari il biasimo di desumere dalle regole il diritto e non le regole dal diritto. Che al momento della morte tutti i creditori del defunto abbiano diritto a una eguaglianza di trattamento è un principio desiderabile, se si vuole, ma in una legislazione che non ammette il concorso regolare dei creditori sul patrimonio del defunto, che codifica con tutti i suoi inconvenienti il principio della confusione dei patrimoni e della successione nei debiti *ultra vires*, questo principio non ha se non applicazioni sporadiche e positive. Nello stesso benefizio d'inventario, pure invocato dagli avversari, se non vi sono opposizioni per parte dei creditori, l'erede paga i creditori a misura che si presentano, e i creditori non opponenti, i quali si presentano dopo esausto l'asse ereditario, non hanno regresso contro i creditori pagati (Codice civile, art. 976 e 977).

È l'applicazione più rigida del principio dell'esecuzione individuale. Certamente l'art. 1971, nuovo nel Codice civile italiano, di fronte così al Codice civile francese, come a tutti i Codici preesistenti, sancisce una regola concorsuale, che implica parità di trattamento. Noi la lodiamo: ma nel nostro sistema questa non è che una derogazione positiva, la quale non possiamo estendere oltre l'ipotesi stabilita.

Quanto all'art. 690 del Codice di commercio, la soluzione è semplice: se nei primi tre mesi dalla morte alcuni creditori hanno chiesto la dichiarazione di fallimento, questo assorbe e sopraffà il diritto di separazione chiesto nello anzidetto termine, perchè, come non si fa differenza tra separatista e separatista, purchè siano nell'anzidetto termine, così non può farsi differenza tra chi chiede la separazione e chi chiede la dichiarazione di fallimento, che produce anzi effetti più ampî. Se invece la richiesta di

fallimento è stata fatta entro il termine dell'anno, ma dopo i tre mesi, coloro che nel termine dei tre mesi avevano chiesto la separazione, e si erano con ciò assicurata una prelazione, non possono, in tesi generale, venir respinti, come non potrebbero venir respinti coloro che prima della dichiarazione di fallimento, in tempo debito ed in buona fede, si fossero assicurata una condizione migliore (1).

Una questione invece più radicale si può fare nel diritto romano, ed è se il benefizio chiesto dagli uni non giovi in tutto e per tutto anche agli altri, cioè li renda tutti quanti separatisti: purchè, s'intende, non abbiano accettato l'erede come debitore. L'interpretazione che noi abbiamo accolto del testo di Ulpiano ci rende favorevoli a questo più largo concetto, e il carattere concorsuale della *separatio*, la sua connessione con la procedura di esecuzione, con la *bonorum venditio* e con la *missio in possessionem*, la quale pure, come vedremo, non è un benefizio personale, ma *in rem*, conducono allo stesso risultato.

E se nel diritto giustinianeo si può nutrire qualche dubbio, nel diritto classico a me sembra che questi elementi abbiano valore indiscutibile.

Di nuovo le cose si presentano in forma ben diversa nel diritto moderno, il quale, irrigidendo gli istituti, giunge talora a conseguenze più gravi che non il diritto romano o il diritto canonico per quegli istituti che derivano dal diritto canonico, come, ad esempio, il principio dell'indissolubilità del matrimonio. Il benefizio non ha per noi carattere concorsuale, collettivo, ma individuale, e poichè la richiesta dell'uno non giova agli altri, questi, in base a tutto il ragionamento che abbiamo svolto, restano totalmente esclusi.

---

(1) La tesi del Bonelli è temperata anche in un'acuta nota di Lodovico Mortara alla sentenza della Cass. Roma, 14 dicembre 1903 (*Riv. di dir. comm.*, vol. II, p. II, 1904, pag. 1 e segg.).

Capo VI. — Effetti della separazione. Diritto dei separatisti non soddisfatti.

22. Se i separatisti non soddisfatti possano agire contro l'erede. Diritto romano. — 23. Soluzione della controversia secondo il nostro Codice.

22. Si domanda: esaurito dai creditori separatisti l'asse ereditario senza ch'essi siano soddisfatti per intero, possono per il residuo credito agire contro l'erede? L'aver voluto serbare a propria garentìa pur sempre il patrimonio del defunto, toglie loro il diritto di collocarsi tra i creditori dell'erede?

La controversia è antica, e dal diritto romano dell'età classica è passata nel diritto giustinianeo, giacchè esiste nel *Digesto* in proposito un'antinomia; Ulpiano e Paolo sono per la negativa rigorosa; la dottrina più mite è rappresentata da Papiniano.

Le due dottrine non sono propriamente, come si suol dire (la cosa è importante a rilevare perchè è fonte di equivoci e di argomentazioni erronee), due opinioni antitetiche, radicalmente opposte, bensì l'una è un'opinione estrema, l'altra un'opinione intermedia, conciliativa. Secondo la prima, rappresentata nel testo di Ulpiano e di Paolo, coloro che hanno chiesto il diritto di separazione, e non sono soddisfatti sui beni del defunto, non possono assolutamente rivolgersi contro il patrimonio dell'erede. Loro danno se hanno proceduto con leggerezza, preferendo di essere collocati sul patrimonio del defunto, che risultò maggiormente oberato, che non su quello dell'erede. Il testo di Ulpiano lascia solamente l'adito ad una *restitutio in integrum* in base ad una *iustissima ignorantiae causa.* Secondo l'opinione invece esposta nel testo di Papiniano, ma chiaramente accennata anche in quello di Paolo, i creditori separatisti, non soddisfatti integralmente, potrebbero rivolgersi contro l'erede, non però concorrendo alla pari coi creditori del-

l'erede, ma solamente sul residuo, quando questi fossero integralmente soddisfatti.

Meritano di essere riferite le leggi, perchè si scorga la tendenza ed il punto di vista dei giuristi romani.

Ulpianus, *libro sexagesimo quarto ad Edictum*, L. 1, § 17, D. *de separat.*, 42, 6: « Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod, qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi; separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ».

Paulus, *libro tertio decimo Quaestionum*, L. 5, D. *eod.*: « Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus, non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent. Sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod adquisitum est illi, qui separationem impetraverunt. Sed si illis satisfactum fuerit, quod superest, tribuetur propriis heredis creditoribus. At si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur hereditarii creditores. Quodsi proprii ad solidum pervenerunt, id, quod supererit, tribuendum hereditariis quidam putant, mihi autem id non videtur; quum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis, et bona secuti sunt, et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possunt recipere. Idemque existimo dicendum, etiam si circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt, quam proprii heredis creditores. Proprii autem heredis creditores

habent propria eius bona, et personam, quae potest, donec vivit, adquirere » (1).

Papinianus, *libro vigesimo septimo Quaestionum*, L. 3, § 2, *eod.*: « Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi; quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis ».

È vano il tentare di conciliare queste leggi (2). La contraddizione, d'altra parte, è nelle fonti stesse in certo modo confessata, perchè l'opinione attribuita a Papiniano è precisamente contemplata e rigettata nel testo di Paolo. Certo è strana una contraddizione in testi collocati nello stesso titolo, che è per giunta un titolo abbastanza breve; tanto più strana in quanto due di essi, quello di Papiniano e quello di Paolo, appartengono alla stessa massa, la papinianea. Ma non conviene rifiutarsi all'evidenza; quanto meno, l'esegesi conciliativa deve partire dal presupposto che, storicamente, nel pensiero genuino dei giureconsulti, i testi dicono cosa diversa. Dovendo scegliere tra l'uno e l'altro principio, la maggior parte dei romanisti segue il

(1) Reputiamo interpolati i periodi: *Sed si post impetratam — impetraverunt* e *At si ex alia causa — creditores*, i quali interrompono la questione essenziale con una insignificante ipotesi circa gli acquisti successivi soggiunta in istile pesante e caratteristico per le interpolazioni.

(2) Ancora lo tentano, sulle orme della *Glossa* (v. gl. *veniam*, *ad* L. 1, § 17, *h. t.*, e gl. *videatur*, *ad* L. 5, *h. t.*, 42, 6), il Sintenis, *Pand.*, III, § 186, n. 6; il Mayer, *Erbrecht*, § 123, n. 4, e anche il Brinz, *Pandekten*, III, § 398, pag. 208, n. 15. Papiniano, a suo avviso, non ritiene un principio contrario a quello di Paolo e Ulpiano, non dice che il regresso contro l'erede abbia sempre luogo, ma che in ogni caso, quando per avventura abbia luogo, per es., in base alla *iustissima causa* di cui parla Ulpiano, non porta se non sul residuo, soddisfatti i creditori proprî dell'erede. [Vedi tuttavia l'Appendice al presente capo].

Decisamente errato è lo sviluppo storico supposto dal Dernburg, *Pandekten*, 6ª ediz., Berlin 1896, § 170, pag. 393, n. 11.

principio di Paolo e Ulpiano (1). V'ha tuttavia chi si decide per la dottrina di Papiniano, considerando che la separazione dei beni non elimina la *successio in universum ius*, nè toglie effetto all'adizione ereditaria, onde l'erede è divenuto debitore e precisamente un debitore *ultra vires hereditatis* (2). Senonchè l'argomento prova troppo: in tal caso i creditori del defunto dovrebbero concorrere alla pari coi creditori dell'erede, il che lo stesso Papiniano non ammette. Anzi non sembra che nessuno abbia nemmeno pensato ad avanzare quest'opinione; anche i *quidam*, cui contrasta Paolo, se pur non allude al solo Papiniano, non avevano, giusta il riferimento del giureconsulto, diversa opinione; i creditori ereditari possono rifarsi sui beni dell'erede, solo allorchè tutti i creditori dell'erede hanno ricevuto l'intero pagamento.

A parte adunque che l'opinione di Paolo e Ulpiano ci è rappresentata come l'opinione tradizionale, dominante (*vulgo placere*), e l'opinione di Papiniano come una mitigazione benigna (*probari commodius est*) e anche dubbiosamente avanzata, mentre lo stesso giureconsulto non ha dubbio circa il diritto dei creditori dell'erede sul patrimonio del defunto, soddisfatti i creditori ereditari (*quod sine dubio admittendum est, etc.*), certo questo misurato e non logicamente proseguito riguardo ai creditori del defunto circa i beni dell'*erede* manifesta che la tendenza del diritto romano, la natura dell'istituto era piuttosto contraria.

E tutto viene a corroborare questa incompatibilità della garentìa ottenuta per effetto della separazione con la obbli-

(1) Oltre gli antichi, come Duareno, Donello, cfr., a mo' d'esempio, tra i moderni Arndts, *Pand.*, § 254; Köppen, *Erbrecht*, § 35, pag. 219; Tewes, *Erbrecht*, § 63, pag. 125, n. 11.

(2) Così Windscheid, *Pand.*, III, § 607, n. 10 e 11. — Quanto nel testo si osserva fa precisamente contro lo specioso ragionamento del Windscheid che, data l'antinomia irriducibile, noi possiamo abbandonare l'esegesi e decidere in base ai principî, che ci portano *alla conclusione papinianea*. Ciò non è vero in niun senso.

gazione personale dell'erede: le dichiarazioni con cui si fa che i creditori del defunto si presentino (*creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi*), il modo di scolpirne gli effetti (*quasi duorum fieri bonorum venditionem; separatim quantumcunque utriusque* (del defunto e dell'erede) *creditoribus praestetur*), il concepire vera novazione con l'erede e il far che non solo la novazione, ma ogni atto col quale essi entrano in rapporto con l'erede senza necessità abbia loro a togliere il benefizio della separazione, il sentimento infine che anima i giureconsulti nel motivare questa conseguenza grave per loro dell'aver chiesta la separazione. Adunque pei Romani la separazione eliminava naturalmente, *iuris ratione*, tanto la confusione dei patrimoni quanto la stessa successione nei debiti, insomma dal lato delle obbligazioni toglieva affatto di mezzo la *successio in ius*. Che tale fosse il pensiero loro genuino è reso anche manifesto dagli altri usi della separazione: allo schiavo istituito erede giova precisamente a non rispondere mai per l'avvenire coi proprî beni di fronte ai creditori dell'*hereditas damnosa*. Ma perchè mai doveva esser loro impossibile di limitare gli effetti della separazione? Perchè pare loro così naturale che, avvenuta la separazione, l'erede non succeda affatto nei debiti, mentre pur succede nel residuo attivo?

La domanda è lecita, perchè se la separazione è adibita come mezzo per non rispondere dei debiti, quando è chiesta dall'erede (e tale è, ad es., la separazione concessa allo schiavo, erede necessario, per salvare i suoi beni futuri, o al patrono erede della liberta rispetto all'eredità onerosa, accettata da questa) (1), essa non par destinata ad avere gli stessi effetti, quando è chiesta dai creditori.

Se dunque da questo punto di vista alcuno ha dichiarato una mera sottigliezza il responso di Ulpiano e di Paolo, non si può dire che fosse nel torto.

---

(1) L. 1, § 18; L. 6, § 1, D. *de sep.*, 42, 6.

Il vero è peraltro che il punto di vista non può essere questo: il vero è che l'eredità romana presenta sempre delle sorprese, perchè il concetto che inspira i giureconsulti romani è un concetto profondamente diverso dal nostro. La eredità romana non è altro che la chiamata ad assumere la qualità personale di erede; l'acquisto del patrimonio è una conseguenza indiretta, ed anche spesso inopportunamente regolata per la sua dipendenza dall'assegnazione di un titolo.

Sul concetto non si può avere il menomo dubbio, se non a patto di rinunciare alla visione dei fatti ed alla logica; checchè si voglia ritenere circa l'origine di questa singolare struttura. Ma con tal concetto non giova riguardare l'assunzione dei debiti come inerente all'acquisto del patrimonio; pei Romani i debiti non sono elemento patrimoniale, ma diminuiscono il patrimonio (1). La *successio* significa il succedere nei debiti, negli oneri, non già l'acquisto dei diritti. Il sostituirsi d'un nuovo subbietto, l'erede, nel vincolo personale del defunto è pertanto una conseguenza nuova, extra-patrimoniale, parallela all'assunzione dei *sacra*, dei *iura sepulchri*, del patronato, parallela alle tante altre conseguenze materiali o formali, che anche in epoca storica avanzata dànno un'impronta così originale e così negletta dagli studiosi alla successione ereditaria romana.

---

(1) « Bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno ». « Bona intelleguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt ». Del resto ogni qual volta si fa parola di *bona* o *in bonis* (*habere*, *esse*, *etc.*), anche nella stessa eredità o nella *bonorum possessio* modellata su di essa, si allude sempre all'attivo.

L'*hereditas* può essere *damnosa* o *suspecta*, ma non già i *bona*: tutt'al più si dice ch'essi sono insufficienti a pagare i debiti. [Ciò è dimostrato ora dai miei studî sulla *successio* e l'*universitas*; ma è dimostrato altresì che Giustiniano — o meglio la dottrina romano-ellenica — ha mutato i concetti in materia ereditaria e ricompreso nell'*universitas* ereditaria anche i debiti: onde nelle fonti interpolate s'incontra ora persino la *suspecta universitas*: L. 17 (16), § 2, D. *ad s. c. Treb.*, 36, 1].

Ora, dato questo sentimento e questo concetto, data, insomma, la netta distinzione tra l'*acquisto del patrimonio* da un lato, ed il *succedere nei debiti e negli oneri*, nel *vincolo personale* e nella *fede del defunto* dall'altro, l'unione delle due conseguenze non è inscindibile, ed è naturale che i giureconsulti romani sieno indotti a ragionare in tal guisa: se i creditori vogliono serbare la loro garentìa sul patrimonio del defunto, essi mostrano di non riconoscere la sostituzione di questo vincolo personale, *recesserunt a* PERSONA *heredis et* BONA *secuti sunt.* Col domandare la separazione dei beni del defunto, essi non seguono la fede, il nome dell'erede, essi rinnegano la *successio in ius*, e fanno esecuzione sul patrimonio in base al rapporto col defunto (*quasi defuncti bona vendiderunt*). Onde se i *bona* non li soddisfano (*si inveniatur non idonea* HEREDITAS, *idoneus autem* HERES), non potranno tornare contro la persona che ha cessato di subentrare nelle obbligazioni, *non poterunt reverti ad heredem.*

Non è che l'adizione dell'eredità sia rescissa o sospesa, come si volle dire: l'erede acquista il residuo attivo, se vi ha un residuo, i suoi creditori personali possono su questo residuo integrare le loro ragioni. Ciò che vien meno è la *successio in ius*, è il subentrare dell'erede nella posizione stessa del defunto, conseguenza distinta dall'acquisto del patrimonio.

23. Che cosa si deve dire nel nostro diritto? La dottrina e la giurisprudenza sotto l'impero del Codice Napoleone e del Codice italiano respingono la decisione di Paolo e di Ulpiano, seguendo la dottrina costante dell'antica giurisprudenza francese: una sola voce s'è levata contro, ma è quella di un eccellente e indipendente giurista, il Losana (1). Il suo presupposto è, in sostanza, che la separazione, con-

(1) LOSANA, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, pag. 216.

servando lo stesso carattere che in diritto romano, cioè di vera separazione dei patrimoni, non c'è ragione di ripudiare la conseguenza che par tanto logica ai giureconsulti romani. Dall'altra parte (osserva il Losana) sarebbe iniquo troppo che l'erede potesse trovarsi esposto prima a soffrire tutti gl'impacci e gl'inconvenienti che emergono a suo danno dalla separazione e poscia all'azione personale dei separatisti che sui beni del defunto non avessero potuto ottenere integrale soddisfazione. Del resto la questione è risoluta testualmente dall'art. 2056: « I creditori e i legatari che avessero fatta novazione, accettando l'erede per debitore, non hanno diritto alla separazione ».

Ora che la separazione, anche al dì d'oggi, faccia che si abbiano due patrimoni distinti e la confusione ereditaria non si avveri, noi non crediamo possibile negarlo, e su questo punto noi conveniamo col Losana: la divergenza nell'ammettere inoltre l'ipoteca non importa in proposito. Ma il senso che trae gli scrittori a negare ciò nonostante la decisione romana è vero senso giuridico: e la ragione noi stimiamo s'abbia a intendere ora. Il concetto moderno dell'eredità è radicalmente diverso dal concetto romano: non più l'assegnazione d'un titolo personale, di cui l'acquisto del patrimonio, la successione illimitata nei debiti, e, aggiungiamo pure, il diritto di acquistare, anche contro la volontà del defunto, le quote non assegnate o rinunciate (diritto di accrescimento ereditario), l'impossibilità di devolvere il patrimonio ai successori legittimi, se il defunto ha designato chi deve essere *erede*, o viceversa l'impossibilità di devolvere il patrimonio stesso all'istituito per testamento, se il defunto gliel'ha assegnato senza dargli questo titolo, l'incompatibilità della qualità d'erede e della qualità di legatario, ecc., ecc., siano tante conseguenze: non più un'indiretta trasmissione del patrimonio, vale a dire subordinata in linea principale all'assegnazione d'un titolo. L'eredità è schiettamente e direttamente la trasmissione del patrimonio concepito come un complesso di attività e di passività, dal

defunto all'erede: *la trasmissione dei debiti è inerente al concetto della successione ereditaria. I debiti sono un elemento del patrimonio.* L'erede è investito del passivo, nella stessa guisa come è investito dell'attivo. Le due conseguenze sono logicamente inscindibili: che i creditori del defunto si assicurino una garentìa speciale sui beni ereditari non elimina la successione circa il passivo, come non la elimina circa l'attivo.

Data questa diversa posizione delle cose, il valore degli altri argomenti è compromesso, poichè essi dovrebbero dimostrare che il nostro legislatore ha inteso di derogare a ciò che è la conseguenza logica dei nostri principî legislativi: e a questo assunto non bastano. L'art. 2056, di cui diremo in seguito, è certo una stonatura, ma si spiega come la tradizione storica possa avere indotto il legislatore a sancirlo e si spiega anche in qual senso egli ha inteso la pretesa novazione.

Quanto alla posizione iniqua, in cui viene a trovarsi l'erede, essa non è poi tale, quando si rilevi che, data la costruzione ipotecaria del diritto di separazione, egli non è limitato nella disposizione degli immobili ereditari, come era nel diritto romano, in cui le alienazioni avvenute dopo la domanda di separazione venivano assolutamente rescisse.

Concludendo: non si può adunque rinnovare nel nostro diritto la teoria di Paolo e di Ulpiano, ma non si può nemmeno asserire che faccia legge la dottrina di Papiniano. I creditori del defunto sono divenuti veramente creditori dell'erede per effetto della successione ereditaria: soltanto serbano una propria garentìa sul patrimonio che fu già del defunto. Se questa garentìa non li soddisfa interamente, essi concorrono con i creditori originari dell'erede a pari condizioni, perchè costoro non hanno acquistato alla loro volta un simile diritto sui beni dell'erede: non devono aspettare che i creditori dell'erede siano per intero soddisfatti. Come ogni altro creditore ipotecario, anche il separatista non è posto

rispetto agli altri beni non ipotecati a suo favore in una condizione inferiore ai creditori chirografari, salvo il limite stabilito dall'art. 2080 Cod. civ., che, quando nei beni ipotecati c'è capienza, occorre il consenso del debitore per fare subastare immobili non ipotecati a proprio favore.

Appendice. — La giustificazione della divergenza tra il diritto romano e il moderno sulla base, rispettivamente, del concetto classico e del concetto moderno dell'eredità è stata ritenuta efficace da un acuto romanista e giurista, il Solazzi (1), col quale in generale io concordo nelle parti in cui egli ha fatto oggetto di studio il nostro istituto. È bene tuttavia ritornare dal punto di vista esegetico sulla discussione, tanto più ch'essa si riflette anche sull'interpretazione del diritto giustinianeo e il Solazzi ha il merito di aver messo in luce con quali temperamenti debba accogliersi la dottrina più rigorosa.

I testi in questione sono stati sottoposti alla nuova critica interpolazionistica, ma in opposta direzione. Il Baviera reputa interpolati dai compilatori i due testi di Paolo e di Ulpiano (2). Altri, invece, stimano interpolato il testo di Papiniano; così il Costa (3), il Ferrini (4).

Ora, anche dal punto di vista della nuova esegesi, poco si può dubitare della genuinità sostanziale dei due lunghi testi di Ulpiano e di Paolo. Certo la prolissità, che è nell'uno e nell'altro, deve essere derivata da interpolazioni e da glossemi. Il Solazzi (5), pur confutando l'opinione del Baviera, ritiene interpolato nel primo testo per lo meno l'inciso *separatio — separavit*. Tanto il Solazzi (6) quanto il

---

(1) Solazzi, *Ancora del diritto dei creditori separatisti*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, vol. XIII (1900), pag. 261, n. 1.

(2) Baviera, *Commodum, etc.*, pag. 39 e seguenti.

(3) *Papiniano*, vol. III, 195.

(4) *Arch. Giur.*, vol. LXIII (1899), pag. 549, e *Bull.*, vol. XIII, pag. 39.

(5) *Bull.*, vol. XI, 1898, pag. 276.

(6) *Bull.*, vol. XIII, pag. 271.

Ferrini (1) sono d'accordo nel ritenere interpolata la parte finale *si tamen temere etc.* Recentemente il testo venne in piccola parte appuntato anche dal Beseler (2). Nel secondo testo io stesso ritenni interpolati gli incisi: *Sed si post — impetraverunt* e *At si ex alia causa — creditores* (v. *sopra*, pag. 631, n. 1). Se non che la parte finale del testo ulpianeo è estranea e derogatoria, sicchè la sua soppressione rende più puro il principio che si pone; e quanto alle altre interpolazioni supposte, esse hanno tutte carattere formale. Non vi ha nei due testi di Paolo e di Ulpiano contraddizione di sorta: dal principio alla fine essi dicono, con linguaggio prolisso, se si vuole, ma tanto più chiaro, e con tono reciso, la stessa cosa.

Si può togliere quel che si vuole, ma quanto rimane esprime l'identico principio e lo esprime con linguaggio inappuntabile; è difficile finalmente che i compilatori, interpolando un nuovo principio, abbiano ad esso data la qualifica classica *vulgo placere.* Se pertanto nei testi furono insinuate interpolazioni o glosse, si debbono considerare come mere illustrazioni, che concernono parti secondarie dei due frammenti.

Maggior verosimiglianza ha invece l'interpolazione supposta dal Costa e dal Ferrini nel testo di Papiniano. Il *probari commodius est* e la dizione in generale del testo non è interamente scevra di sospetto (3). Parrebbe anche non inutile ribadire al proposito che la decisione papinianea non rappresenta propriamente il concetto antitetico alla tesi di Ulpiano e Paolo, nè un concetto logico, bensì una tesi conciliativa, illogica in qualunque senso. Infine il testo pare connesso con un'ipotesi precedente (§ 1), la quale è certo interpolata.

---

(1) *Arch. Giur.*, loc. cit., e *Bull.*, vol. XIII, pag. 37.

(2) *Beiträge*, vol. III, pag. 125.

(3) Non però l'*aliquid ex bonis heredis ferat*, che è locuzione di tipo classico: cfr. Gai, III, 8: « ita ut filius *partem dimidiam hereditatis ferat* ».

E tuttavia anche su queste interpolazioni poco si può far capitale per sostenere che la nuova tesi appartenga ai compilatori. Che vi fossero alcuni (*quidam*), i quali ritenevano nell'epoca dei giureconsulti classici la soluzione espressa nel frammento di Papiniano, è detto espressamente da Paolo: e non è molto convincente il discorso del Ferrini che in nessun modo Paolo avrebbe potuto riferirsi con quel *quidam* a Papiniano (insinuando quasi in quel modesto pronome un senso un po' sprezzante), nè d'altra parte ha importanza essenziale che Papiniano fosse o meno aderente a questa opinione più mite. Dal punto di vista storico adunque la interpolazione, pur essendo plausibile, non ci illumina molto.

Ma dallo stesso punto di vista del diritto giustinianeo, ammessa pure l'interpolazione del frammento papinianeo, è impossibile ribellarsi ai due testi così precisi e recisi di Ulpiano e di Paolo, che Giustiniano ha inserito nel titolo.

Nondimeno la larga critica esercitata sui testi è tutt'altro che inutile. Essa ci riconduce con più retta visione delle cose alla teoria della glossa, accennata sopra (pag. 631, n. 2) ed ora di nuovo efficacemente difesa dal Solazzi (1). Se il testo di Papiniano è forse interpolato, certamente è interpolata la chiusa del testo ulpianeo col suo caratteristico emblema: *iustissima ignorantiae causa allegata*. E tra i due frammenti vi è senza dubbio nel pensiero dei compilatori quella correlazione che la glossa aveva intuito. Il principio accolto nella compilazione è quello di Ulpiano e di Paolo: il principio dei *quidam* è rigettato. Ma in casi eccezionali, quando si possa allegare una *iustissima causa*, che abbia condotto in inganno sulla capacità rispettiva dei due patrimoni, si accorda ai creditori separatisti di rifarsi sul patrimonio dell'erede, a condizione però che sieno soddisfatti integral-

(1) Solazzi, in *Bull.* cit., vol. XI, 1898, pag. 264, e vol. XIII, 1900-1901, pag. 272.

mente i creditori personali dell'erede. Se mai vi fu caso di adoperare quel *subtilis animus*, che Giustiniano vuole si metta in opera per conciliare testi discordi, ciò accade nel caso nostro (1).

---

(1) Un'ipotesi speciale, che ha una certa analogia esteriore con quella che abbiamo largamente discussa nel testo, anzi nel frammento di Papiniano è da questa ipotesi che si fa passaggio a quella discussa, è la seguente: alcuno era creditore così del defunto come dell'erede, in base alla stessa obbligazione per una *eadem res* o *eadem obligatio*. Il caso tipico sarebbe quello delle obbligazioni correali, ma nelle fonti è fatta l'ipotesi di un'obbligazione accessoria di garanzia. Il debitore succede al fideiussore. Quale è la posizione del creditore? Può egli chiedere la separazione dei beni del defunto? E una volta chiestala e non soddisfatto, può egli rifarsi sui beni dell'erede?

Papiniano, nella L. 3 pr., *h. t.*, ammette senz'altro che il creditore possa chiedere la separazione e soddisfarsi sui beni del fideiussore defunto. Fin qui nulla di anomalo, almeno dal punto di vista del diritto classico, che lascia piena libertà di rivolgersi contro il fideiussore o contro il debitore principale, poichè soltanto Giustiniano ha concesso il *beneficium excussionis*. Ma nel § 1 il giureconsulto si propone il quesito se egli possa rivolgersi contro l'erede per il residuo e concorrere cogli altri creditori dell'erede: *cum ceteris heredis creditoribus*. E risponde affermativamente. Anche in questa parte il testo, dal punto di vista dei principî della separazione non dice cosa che ci possa apparire in contrasto coi principî già posti, perchè il creditore non cita l'erede, in quanto pretenda che egli sia successo nei debiti del defunto, ma in quanto egli era anteriormente e indipendentemente debitore, anzi era per l'appunto il debitore principale.

Tuttavia, se non vi si oppongono i principî della separazione, il responso è in contrasto coi principî della consumazione. È regola del processo classico *bis de eadem re agi non potest;* dal momento della *litis contestatio* l'azione è consumata, e anche se non si ottiene soddisfazione, non ci si può rivolgere contro gli altri coobbligati o fideiussori. Se non che il principio della consumazione si era già alterato nell'epoca romano-ellenica con la nuova procedura: il valore della *litis contestatio* non si comprese più, e poichè la legge sanciva la consumazione dell'azione, se l'azione veniva intentata contro l'uno dei coobbligati, si ritenne che ciò derivasse dalla *scelta* operata di uno tra più debitori e che la *electio rei* (da *reus*) avesse lo stesso valore che la *electio rei* (da *res*) nelle obbligazioni alternative. Ciò condusse ad ammettere che all'estinzione dell'azione si potesse per patto ovviare, cioè si potesse convenire la facoltà di rinnovar la scelta; il che dal punto di vista del diritto classico, era una mostruosità, in quanto la consumazione per *litis contestatio* era un principio di diritto pubblico. E poichè

Capo VII. — **Termine, forme e requisiti della separazione.**

24. Termine entro cui può chiedersi la separazione: diritto romano; diritto francese. — 25. Dottrina e giurisprudenza secondo il nostro Codice. — 26. Procedimento: *a*) relativamente agli immobili. — 27. Come debba essere fatta l'iscrizione. — 28. Come si applichino all'iscrizione della separazione le regole relative all'ipoteca. — 29. *b*) Relativamente ai mobili: come debba essere proposta la domanda di separazione. — 30. Provvedimenti conservativi. — Appendice: non è necessaria nè l'insolvenza dell'erede nè la prova che abbia creditori.

24. Il termine entro cui si poteva chiedere la separazione era fissato nel diritto romano a cinque anni (1). Essa veniva accordata per decreto del Pretore o del Preside nelle province, previa *causae cognitio* (2).

L'antico diritto francese non fissava un termine speciale, onde il benefizio andava soggetto all'ordinaria prescrizione. Il Codice Napoleone stabilì il termine di tre anni, ma soltanto per le cose mobili (art. 880 Cod. fr.). Però circa gli immobili l'art. 2111 Cod. fr. così dispone: « I creditori ed i legatari che dimandino la separazione del patrimonio del

---

simili patti entrarono nella pratica quotidiana, Giustiniano fu indotto ad abolire l'efficacia della *litis contestatio* (L. 28, Cod., 8, 40).

Ora, il nostro testo è bensì in contrasto con la procedura classica, ma risponde alla procedura giustinianea. E poichè nella forma serba tracce del lavorìo dei compilatori (*stipulator iste, in residuum promisceri, etc.*), noi non esitiamo a ritenere col Ferrini che il testo sia interpolato (Ferrini, *Bull.*, vol. XIII (1900-1902), pag. 38). Osserviamo che i Basilici, C. 40, 9, 7 (in Heimbach, I, 474), inseriscono anche in questa ipotesi del fideiussore la limitazione che sieno soddisfatti integralmente i crediti personali dell'erede: il che è contrario veramente al tenore del § 1 e alla connessione col successivo § 2 (*sed* in quolibet alio etc.); ma precisamente i Basilici alterano il tenore e la connessione, che non è più avversativa.

(1) L. 1, § 13, D. *de separ.*, 42, 6. — Il testo però dà sospetto che la determinazione fissa del quinquennio sia interpolata dai compilatori. [L'ipotesi di questa interpolazione è stata in seguito corroborata con valide ragioni dal Ferrini, in *Arch. Giur.*, l. c.].

(2) L. 1 pr. e § 14, D. *h. t.*, 42, 6.

defunto..... conservano riguardo ai creditori degli eredi o rappresentanti del defunto i loro privilegi sopra i beni immobili dell'eredità mediante la iscrizione fatta sopra ciascuno di questi beni entro sei mesi dal giorno in cui è aperta la successione.

« Prima della scadenza di questo termine non può esser costituita con effetto veruna ipoteca sopra i detti beni dagli eredi o rappresentanti del defunto in pregiudizio dei creditori o legatari ».

Sicchè, nel diritto francese, per non esser pregiudicati dall'iscrizione a profitto dei creditori dell'erede, i separatisti devono iscrivere l'ipoteca sugli immobili nel suddetto termine di sei mesi; altrimenti l'iscrizione in separazione vale, ma può esserle preferita un'iscrizione anteriormente fatta a favore di creditori dell'erede.

25. I codici preesistenti in Italia seguivano in generale il sistema francese. Ma il Codice civile italiano, tornando alla tradizione romana, stabilisce un termine di decadenza unico per mobili ed immobili, ridotto però al breve spazio di tre mesi.

Art. 2057 Cod. civ.: « Il diritto alla separazione non può esercitarsi che nel termine perentorio di tre mesi dal giorno dell'aperta successione ».

Art. 2062 Cod. civ.: « Le ipoteche iscritte sugli immobili dell'eredità a favore di creditori dell'erede, e le alienazioni anche trascritte degl'immobili stessi non pregiudicano in alcun modo ai diritti dei creditori del defunto e dei legatari che ottennero la separazione nell'anzidetto termine di tre mesi ».

Il giorno iniziale, il *dies a quo*, è stato poi fissato espressamente dal nostro Codice al giorno dell'aperta successione, cioè della delazione ereditaria, soppresse così le questioni che si agitavano sotto l'impero del Codice francese e dei Codici preesistenti, inducendosi alcuni a computare il termine dal giorno dell'accettazione o adizione dell'eredità,

conforme al diritto romano, dove però l'adizione ha una portata così grave ed un senso così profondamente diverso, che si può ben dire che l'istituto romano non esiste più nel diritto moderno.

Non v'ha dubbio neppure che il termine sia di decadenza, non già di prescrizione. La parola della legge « non può esercitarsi che nel termine *perentorio* » n'è chiaro indizio (1): quindi le cause di sospensione o interruzione delle prescrizioni, le quali, in generale, non si applicano nemmeno alle prescrizioni di breve durata (Codice civ., art. 2120, 2145), non hanno luogo affatto, nemmeno trattandosi di crediti o legati condizionali od a termini (2). Nemmeno il consenso dell'erede varrebbe a dare validità alla separazione operata fuori termine (3). Finalmente, al contrario di quel che avviene circa la prescrizione (art. 2109 Codice civile), il giudice può opporre d'ufficio la decorrenza dei tre mesi.

Il momento dell'aperta successione sarà, di regola, la data della morte dell'ereditando, come dispone in generale l'art. 923 Cod. civ.: « La successione si apre al momento della morte, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto », ma può accadere, in via eccezionale, che sia posteriore. La successione intestata non si apre necessariamente al momento della morte dell'ereditando. Questi può aver lasciato un testamento, il quale è in seguito dichiarato invalido, o

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Succ.*, VI, 236; Cass. Torino, 11 febbraio 1879, Giuzzani c. Giuzzani (*Annali*, 1879, 1, 302); App. Trani, 15 luglio 1884, Orfeo c. De Norsa (*Riv. di giur. Trani*, 1884, 834); Tribunale Bologna, 8 maggio 1890, Pesci c. Musa (*Prat. leg. Bol.*, V, 66); Appello Genova, 25 gennaio 1890, Camarelli c. Treves (*Temi Gen.*, 1890, 141); Cassazione Torino, 31 dicembre 1890, Scarli c. Besso (*Giur. Tor.*, 1891, 269).

(2) Cfr. App. Messina, 10 settembre 1878, Schirò c. Chemi (*Foro Italiano*, 1878, I, 1197); App. Lucca, 18 marzo 1889, Borromei c. Vellutini (*Id.*, 1889, I, 1013).

(3) Ricci, *Corso di diritto civile*, X, n. 306. La ragione di ciò è evidente! La separazione dei patrimoni produce i suoi effetti verso i terzi; non può essere libero all'erede di pregiudicare i diritti dei terzi.

l'erede testamentario può esser incapace o rifiutare l'eredità: può accadere altresì che l'erede legittimo primo chiamato rifiuti e subentri l'erede successivo. Allora il termine si computa novamente da questa seconda apertura della successione. Tale è il nostro avviso ed in questo senso pare anche la giurisprudenza.

A questa dottrina contrastano più scrittori: nominiamo il Pacifici-Mazzoni (1) e il Melucci (2). Il *dies a quo* è sempre da stabilire dal momento della morte dell'ereditando: tale è la contraria, rigorosa dottrina. Sua base è la stretta interpretazione dell'art. 923 combinato con l'art. 2057. Io non direi peraltro che l'art. 923 si debba necessariamente interpretare in un senso così assoluto e rigido: apertura della successione, delazione o devoluzione dell'eredità, vocazione o chiamata sono termini equipollenti, che hanno un contenuto logico, il quale non si deve facilmente presumere che sia mutato da disposizioni legislative. L'eredità non si può dire deferita *ab intestato*, l'erede legittimo non si può dire chiamato, sinchè l'erede testamentario non è escluso. L'ipotesi normale è certo che la delazione avvenga al momento della morte, e questa è enunciata nella legge, non solo perchè essa è l'ipotesi normale, ma perchè ciò che interessa al legislatore è di fare intendere che la delazione è immediata. La buona interpretazione logica adunque sulla base del collegamento della legge con tutto il nostro sistema successorio e dello scopo suo ci induce ad una più lata intelligenza del testo.

S'aggiunga la tradizione storica, giacchè è risaputo che nel diritto romano, dove l'ordinamento del diritto succes-

---

(1) Pacifici-Mazzoni, *Cod. civ. comm.*, vol. IX, n. 237.

(2) Melucci, op. cit., n. 142. [Contro ora anche Losana, *La separazione, ecc.*, 2ª ediz., pag. 119 e segg.]. Confr. anche Demolombe, *Cours de droit civil*, XVII, 173; Laurent, *Principes de droit civil*, X, n. 25; Appello Genova, 25 gennaio 1890, Camarelli c. Treves (*Temi Gen.*, 1890, 141); Appello Brescia, 7 aprile 1869, Massari c. Congregazione di Carità di Pisogne (*Mon. Trib.*, 1869, 1093).

sorio pel rigore formale dei testamenti rendeva più frequente il caso di delazione posteriore, il concetto della delazione suole esser fissato in quest'ampia latitudine. E più che mai nel nostro argomento giova non discostarsi da tale interpretazione. La separazione è garentìa che si domanda in sostanza contro l'erede: ora come si può ammettere che il termine decorra prima che assolutamente si possa sapere chi è l'erede? Una nuova delazione può radicalmente mutare l'aspetto delle cose. L'erede testamentario escluso o l'erede legittimo rinunciante era persona agiata, onesta, contro cui poteva parere strano o anche ingiurioso il chiedere la separazione, anzi egli ha creduto di poter rinunciare, perchè l'eredità andasse a benefizio di persone povere, ma forse meno sicure e perciò appunto non contemplate dal testatore.

Ora, ammettere che i creditori, i quali contro il primo chiamato a buon diritto non hanno curato di guarentirsi, abbiano a perdere il benefizio di fronte ad un secondo chiamato lascia una lacuna, che non giova a dare buon giudizio dell'istituto (1).

26. Le forme per l'esercizio del diritto di separazione sono state con lodevole precisione ordinate dal nostro Codice, troncando una serie di controversie che si agitavano sotto l'impero del Codice civile francese: se la separazione avesse luogo di pieno diritto o dovesse domandarsi contro l'erede o contro i creditori dell'erede, ovvero, secondo i casi, contro l'uno o contro gli altri, ecc.

(1) È regola intanto di diritto italiano che nei termini a mesi il mese viene calcolato di trenta giorni (confr. art. 2133 Cod. civ., art. 30, capov. 1°, Cod. pen.); di qui ne viene che il termine di tre mesi entro il quale la separazione può essere operata non va calcolato secondo il calendario gregoriano, ma è il termine di giorni 90 (*contra:* Ricci, X, 306; App. Lucca, 18 marzo 1889, Borromei c. Vellutini: *Foro Ital.*, 1889, I, 1013); chè altrimenti dipenderebbe dall'accidentalità che la morte avvenga in un mese piuttosto che in un altro la maggiore o minore lunghezza del termine entro il quale la separazione può esercitarsi.

a) Occorre distinguere le formalità relative agl'immobili e quelle relative ai mobili.

Degli immobili si occupa l'art. 2060: « Lo stesso diritto riguardo agl'immobili si esercita mediante l'iscrizione del credito o del legato sopra ciascuno degl'immobili stessi presso l'ufficio delle ipoteche del luogo in cui sono situati.

« L'iscrizione si eseguisce nei modi determinati dall'articolo 1987, aggiungendovi il nome del defunto e quello dell'erede se è conosciuto, e la dichiarazione che viene presa a titolo di separazione dei patrimoni.

« Per tale iscrizione non è necessaria l'esibizione del titolo ».

Il diritto della separazione relativamente agl'immobili non ha d'uopo pertanto di alcuna domanda, ma si attua mediante la semplice iscrizione. La pubblicità e la libera comunicazione delle iscrizioni (art. 2066 Cod. civ.) rendono frustranea la domanda giudiziale ed ogni ulteriore formalità, poichè è impossibile meglio che con l'iscrizione fare noto all'erede, ai creditori, ad ogni terza persona eventualmente interessata l'intenzione dei creditori del defunto di serbare il patrimonio ereditario a garentìa dei loro crediti.

27. L'iscrizione si deve fare, giusta i principî che regolano l'ordinamento ipotecario, sopra ciascuno degli immobili (Cod. civ., art. 1965); niente vieta peraltro ai creditori di limitarsi ad iscrivere il benefizio su alcuni soltanto di essi (1). Le formalità da osservarsi sono le solite dell'iscrizione ipotecaria e le leggi fanno espresso richiamo all'articolo 1987 Cod. civ.; salvo il numero terzo di quest'articolo, giacchè l'esibizione del titolo, che avrebbe escluso dalla separazione creditori che potevano benissimo a suo tempo ed in sede opportuna formulare le prove del loro diritto, ma che erano sforniti di un titolo, non occorre per le nostre leggi in base al capov. 2° dell'art. 2060.

---

(1) Contrario il solo Tartufari, in *Arch. Giur.*, 1876, vol. XVI, pag. 133.

Non occorre nemmeno dichiarare il nome dell'erede, quando esso non è conosciuto: disposizione assai ragionevole, poichè l'erede può effettivamente rimanere ignoto e il creditore deve premunirsi per ogni evento. Dall'altra parte, nel caso di più eredi, poichè la separazione può essere limitata ad alcuni, non occorre dichiarare se non il nome di coloro, contro cui si domanda.

Non si deve omettere la causa dell'iscrizione, cioè che essa è presa a titolo di separazione (1).

28. L'art. 2065 dichiara applicabili al vincolo nascente dalla separazione tutte le disposizioni relative all'ipoteca: quindi le regole concernenti la riduzione (Cod. civ., art. 2024 e segg.), la cancellazione (Cod. civ., art. 2033 e segg.), l'estinzione (Cod. civ., art. 2029 e segg.), la rinnovazione (Codice civ., art. 2001 e segg.), gli effetti dell'ipoteca rispetto al terzo possessore dell'immobile (Cod. civ., art. 2013 e segg.), le conseguenze dell'omissione o inesattezza dell'indicazione (Cod. civ., art. 1997 e 1998), ecc. (2).

---

(1) La separazione non si opera se è omessa l'indicazione della causa della inscrizione (confr. App. Messina, 19 settembre 1878, Solari c. Chemi: *Foro Ital.*, 1878, I, 1197). L'inscrivente deve nelle note determinare anche la somma sulla quale la inscrizione viene presa (confr. art. 1987, n. 4, e 2060 Cod. civile), e la sentenza che quanto ai mobili limita il diritto di separazione ad una determinata somma, non forma cosa giudicata per pretendere speciale limitazione nella inscrizione sugli immobili (App. Torino, 5 luglio 1889, Streglio c. Liuntand: *Giur. Torinese*, 1889, 691). Quando vi siano i requisiti essenziali non importa la denominazione che il richiedente abbia dato alla nota consegnata al compratore; ond'è che l'inscrizione è efficace quantunque il richiedente l'abbia qualificata come inscrizione d'ipoteca (Cassaz. Torino, 25 giugno 1890, Vitale c. Debenedetti: *Id.*, 1890, 481); come è indifferente che l'inscrivente indichi nella nota il titolo originario del debito o la sentenza che in base a quel titolo sia stata emanata (Appello Venezia, 9 dicembre 1879, Verità c. Arizzoni: *Temi Ven.*, 1880, 55).

(2) Il Losana, in conformità del sistema da lui seguìto, non reputa applicabili le disposizioni degli art. 2014, capov., e 2015 Codice civile. V. *Disposizioni comuni ecc.*, pag. 295.

29. *b*) Dei mobili trattano gli articoli seguenti:

Cod. civ., art. 2059: « Il diritto alla separazione riguardo ai mobili si esercita col farne la domanda giudiziale » (1).

Cod. proc. civ., art. 900: « La domanda di separazione dei beni mobili, di cui nell'art. 2059 del Cod. civ., si propone contro l'erede o altro rappresentante legittimo dell'eredità, davanti il pretore del mandamento in cui si aprì la successione, se il valore dei mobili non ecceda lire millecinquecento, e, se ecceda, davanti il tribunale civile con citazione in via sommaria ».

La richiesta domanda giudiziale non deve indurre a credere che il diritto non si possa altrimenti esercitare che in via di *azione*.

La separazione si può opporre anche in via di eccezione e d'incidente, ed è perfettamente valida, purchè il giudice pronunci su di essa. Ciò che il legislatore vuole avvertire è che la separazione non ha luogo *ipso iure*, il che sarebbe un'implicita abolizione della *successio in ius* almeno rispetto ai creditori.

In via di eccezione può chiedersi la separazione anche in appello, perchè essa non riveste la figura d'una domanda nuova (art. 490 Cod. proc. civ.).

La domanda di separazione si propone contro l'erede od altro legittimo rappresentante dell'erede (2).

---

(1) La legge non fa distinzione fra mobili e mobili, giacchè tutte le volte che si tratta di mobili havvi bisogno della domanda giudiziale, siano i mobili da separarsi corporali od incorporali.

(2) Per alcuni mobili la legge stabilisce, in via generale, determinate forme al fine di rendere pubblici i vincoli sugli stessi imposti. Così, per esempio, per l'inscrizione nominativa sul debito pubblico impone la denotazione del vincolo nel certificato; pei crediti la notifica al debitore; per le navi l'annotazione nei registri delle Autorità marittime. È certo che agli effetti della separazione riguardo ai terzi queste disposizioni sono applicabili anche alla sentenza che ordina la separazione dei patrimoni; la legge, tacendo, ha lasciato questa materia regolata dalle norme generali e quindi soggetta alle forme di pubblicità da esse volute.

30. Il nostro Codice, riparando alle lacune del Codice Napoleone, ha prescritto altresì delle misure conservative relativamente ai mobili, per impedirne l'alienazione ed assicurare l'efficacia del diritto concesso ai creditori e legatari del defunto.

Data la natura dei beni mobili e dato l'ordinamento loro nel diritto moderno, essi non si possono seguire ovunque con troppa facilità: la buona fede salva sempre il terzo possessore. A rimediare agli inconvenienti di questo stato di cose in materia di separazione l'art. 901 Cod. proc. civ. così prescrive: « L'Autorità giudiziaria, che pronuncia la separazione, ordina l'inventario dei beni, se non sia ancora fatto, e dà i provvedimenti necessarî per la loro conservazione ».

Quali sono codesti provvedimenti? Che l'inventario non sia titolo sufficiente, dato il largo margine concesso alla buona fede in materia di possesso di mobili, è chiaro. Ma dipenderà dalle circostanze dei singoli casi, liberamente ed equamente apprezzate dall'Autorità giudiziaria, di stabilire che cosa sia necessario per fornire ai creditori una giusta garentìa: può destinare custodi, ordinare un sequestro, un deposito, una cauzione, può infine ordinare la vendita dei mobili, ecc. I creditori possono domandare l'apposizione dei suggelli od opporsi alla loro rimozione in conformità degli art. 848, n. 4, 858 e 860 Cod. proc. civ. Anzi, ad avanzare tale richiesta, i creditori ed i legatari non hanno d'uopo di attendere la pronuncia della separazione. Questa può giungere troppo tardi e l'indugio nuoce per avventura ai creditori, poichè nel frattempo l'erede ha le mani libere e compie di quegli atti, in cui la sanzione legale giunge vana quando non sia sollecita. D'altra parte la legge stessa non fa dipendente un simile provvedimento dall'effettiva pronuncia della separazione; anzi non permette al pretore di ricusare l'apposizione dei suggelli senza causa grave, allorchè il credito sia munito di titoli esecutivi. Finalmente i creditori possono intimare ai terzi debitori dell'eredità di non soddisfare i loro debiti all'erede.

Appendice. — Nel nostro diritto la separazione si consegue certamente senza che occorra provare l'insolvenza dell'erede, anzi senza che nemmeno occorra dimostrare che l'erede abbia creditori. Gli è perciò che, anche nelle forme, essa non è menomamente diretta contro i creditori dell'erede, bensì contro l'erede o contro il rappresentante dell'eredità (art. 2060, capov. 2°, Cod. civ.; art. 900 Codice proc. civile).

Nel diritto francese è opinione dominante che la separazione non possa impetrarsi se l'erede non ha creditori, in quanto la domanda è proposta contro i creditori (vedi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, vol. III, n. 3145, trad. ital., pag. 514-535).

Nel diritto romano la questione è controversa, ma la soluzione esatta illumina il punto di vista del nostro Codice. Il linguaggio delle fonti, in cui l'insolvenza è sempre accentuata, e la connessione con la *bonorum venditio* potrebbero far ritenere che l'insolvenza dell'erede fosse veramente un requisito per la concessione del benefizio. Decisive sembrano in proposito la L. 7, Cod., 7, 72 e la L. 6, Cod., 4, 16. Si è rilevato altresì che in alcune leggi (L. 1, § 17; L. 3, § 2; L. 5, *h. t.*) si parla anche di un residuo che va a favore dei creditori dell'erede, e in una (L. 1, § 6, *h. t.*) l'insolvenza è presupposta.

Dai fautori dell'opinione più larga, che si può considerare dominante così nell'epoca del diritto comune, come nel diritto dei pandettisti tedeschi, si risponde che i testi alludono all'*id quod plerumque fit* e i due rescritti del Codice non fanno che riferirsi alle circostanze concrete. Quanto al residuo, di cui nelle leggi enunciate, esso si riferisce ad acquisti posteriori, come si desume in parte dalle leggi stesse, in parte, per analogia, da altri testi dei giureconsulti (1): finalmente nella L. 1, § 6, non si tratta di vera separazione.

---

(1) Cfr. L. 5, *h. t.*; L. 7, D., 42, 3; Gai, II, 155.

Il Solazzi (1) professa una opinione intermedia. Per impetrare la separazione è necessario bensì che sia aperta la procedura di concorso contro l'erede, ma non è in modo assoluto necessario che egli sia insolvente, poichè la procedura di concorso può venire aperta per essersi in qualunque modo l'erede rifiutato al pagamento. La separazione sarebbe un incidente della procedura di concorso.

Noi riteniamo che probabilmente si debba anche in questo argomento distinguere tra il diritto classico e il diritto giustinianeo. L'argomentazione essenziale che sostiene il requisito dell'insolvenza è la connessione del nostro istituto con la *bonorum venditio* e in genere con la procedura di esecuzione. Ora questa connessione ha nell'editto del pretore un valore assoluto: essa significa che il pretore non concedeva la *separatio* se non in fase esecutiva, quando fosse aperta una procedura di concorso contro l'erede. E poichè si riservava la *causae cognitio*, è anche a credere che egli non concedesse il benefizio se non in caso di vera insolvenza. D'altra parte l'ipotesi di una procedura di concorso aperta senza effettiva insolvenza è alquanto anomala. Ma quella connessione, che ha un valore essenziale, ineluttabile nell'editto del pretore, il quale era un Codice che seguiva le fasi del processo, disciplinando per ogni fase i mezzi relativi, ond'è che l'ordine delle materie diventa un criterio assoluto d'interpretazione, non ha più lo stesso valore nel diritto giustinianeo. Qui siamo dinanzi ad un Codice di diritto materiale, che ha seguìto per tradizione l'ordine delle materie dell'editto o piuttosto l'ordine del commento di Ulpiano, del resto in modo non troppo fedele. L'istituto noi dobbiamo valutarlo in se stesso, e poichè l'insolvenza dell'erede non è posta esplicitamente come un requisito per chiedere la separazione, è più corretto ritenere che già nel diritto giustinianeo dallo stato reale di insolvenza si prescinda.

(1) *Bull.* cit., vol. XI, pag. 251.

Capo VIII. — Decadenza dal diritto di operare la separazione e cessazione dello stato di separazione.

31. Cause di decadenza dal diritto della separazione. — 32. Se la novazione possa reputarsi causa di decadenza. — 33. Cessazione dello stato di separazione.

31. Cause di decadenza dal diritto di separazione sono, oltre la decorrenza del termine perentorio, la *confusione* e la *novazione*. Non è più causa di decadenza l'alienazione in buona fede prima della richiesta separazione, come nel diritto romano (1), dato l'ordinamento ipotecario con forza retroattiva dell'istituto moderno.

Colla prima s'intende la materiale confusione dei beni del defunto con quelli dell'erede, non già quella confusione giuridica con effetto di elidere i corrispondenti rapporti attivi e passivi, che è conseguenza della *successio in ius*, in quanto il patrimonio del defunto e quello dell'erede vengono a costituire un'unica massa patrimoniale: contro la quale è destinato appunto a reagire l'istituto della separazione. Tale confusione materiale può derivare dalla mistione di cose del defunto con quelle dell'erede: per es.: danaro, titoli di credito, derrate, ecc. Essa era già causa di decadenza dalla separazione nel diritto romano (2), ed è tale per ragione di naturale necessità anche nel nostro diritto. Nondimeno, il nostro legislatore ha inteso di restringere i casi di confusione mediante i provvedimenti conservativi prescritti dall'art. 901 Cod. proc. civile.

32. Argomento di grave imbarazzo è invece l'art. 2056, che dichiara causa di decadenza la novazione: « I creditori

(1) L. 2, D. *h. t.*, 42, 6.

(2) L. 1, § 12, D. *de sep.*, 42, 6. — È possibile che la seconda parte del paragrafo: *quod ergo, etc.*, derivi dai compilatori. Certo dev'essere opera loro quella strana ipotesi di confusione d'immobili.

ed i legatari che avessero fatto novazione, accettando l'erede per debitore, non hanno diritto alla separazione ». Questa regola, sancita pure dal corrispondente art. 879 del Codice francese, è desunta dal diritto romano (1). Senonchè nel diritto romano la decisione era logica e naturale: la separazione impediva totalmente la *successio in ius*, di guisa che l'erede non succedeva nei debiti ereditari, nè per conseguenza, esaurito l'asse ereditario, i creditori potevano rivalersi contro di lui: appena una timida reazione, puramente equitativa e incompleta, quindi non rinnegante il principio, faceva contro questa conseguenza Papiniano. Laonde il contratto stretto coll'erede del defunto relativamente al credito stesso era una vera novazione soggettiva, colla quale, cioè, il creditore accettava un nuovo debitore invece dell'antico, e conforme all'efficacia della novazione l'antica obbligazione era estinta, nè il creditore poteva richiamarsi a una qualità alla quale aveva rinunciato per essere collocato sul patrimonio del defunto a preferenza degli altri creditori dell'erede.

Ma nel nostro diritto la separazione, qualunque sia il concetto che se n'abbia e benchè noi riteniamo che nei riguardi dei creditori la confusione sia realmente impedita, non abolisce la *successio in ius* a vantaggio dell'erede, non elimina il succedere nei debiti: i creditori del defunto sono adunque divenuti creditori dell'erede per effetto della stessa successione ereditaria. Che cosa ha inteso adunque il Codice col parlare di novazione fatta coll'erede? Non può essere novazione soggettiva, dal momento che l'erede è già debitore: non la novazione oggettiva, come alcuno s'induce a dire (2), perchè dal lato oggettivo non v'ha mutamento di sorta, neanche illusionistico. Non si può dire nemmeno che

---

(1) L. 1, § 10, *h. t.*

(2) Così è ritenuto dal Mirabelli, *Della separazione, ecc.* (*Diritto dei terzi*, n .27). [Così anche Dusi, *Appendice al Baudry-Lacantinerie: Successioni*, III, n. 21, pag. xxxvii].

si abbia novazione, in quanto si accetta l'erede come *solo* debitore, perchè in realtà altro debitore non si ha. Il patrimonio del defunto non è un debitore, bensì una massa di beni, di cui è titolare l'erede. D'altra parte è chiaro dalle parole del Codice che il legislatore non intende punto riferirsi alla novazione oggettiva.

Non resta — ed è questa anche in sostanza l'opinione più diffusa — che interpretare l'articolo con una certa larghezza di criterî, guardando al senso della disposizione ed all'intenzione del legislatore, più che ai termini giuridici adoperati, con cui si credette di sancire concetti e principî romani. La novazione dell'art. 2056, per cui si accetta l'erede come debitore, non è vera novazione, ma rinuncia al diritto di opporre la separazione. Così l'opinione dominante, seguìta dal Melucci (1). Con ciò, del resto, il nostro legislatore, se veniva a trovarsi in conflitto coi concetti giuridici, non era molto lontano dalla coscienza comune: il concetto della *successio in ius* non è nè tanto naturale, nè tanto popolare, e chi accetta l'erede come debitore, può ben immaginarsi, indipendentemente dal disposto dell'articolo 2056, di mutare veramente lo stato de' suoi rapporti.

Data questa interpretazione, tutti quegli atti che, analogamente alla novazione nel diritto romano, facevano perdere ai creditori del defunto il diritto di domandare la separazione, perchè supponevano una rinuncia implicita al benefizio, come sarebbe il ricevere dall'erede pegni o malleverie, l'accettare il pagamento d'interessi, ecc., nel nostro diritto rientrano semplicemente sotto questo singolare concetto della novazione.

33. La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede non dura all'infinito; la stessa deve cessare.

Dal momento che tutte le disposizioni relative alle ipoteche sono applicabili al vincolo derivante dalla separazione

---

(1) Op. cit., n. 171.

inscritta su immobili, la separazione deve estinguersi per quelle stesse cause per le quali le ipoteche si estinguono. Dal momento che la separazione sui mobili è un vincolo analogo al pegno, deve estinguersi per quelle stesse cause per le quali il pegno si estingue. Indipendentemente da ciò l'art. 2064 del Codice civile dispone che l'erede può far cessare gli effetti della separazione pagando i creditori ed i legatari e dando cauzione per il pagamento di quelli il cui diritto fosse sospeso da condizione o da termine o fosse contestato (1).

Estinto il diritto di separazione relativamente agli immobili, può rivivere per quelle cause stesse per le quali rivivono le ipoteche.

Capo IX. — **La separazione in rapporto all'eredità beneficiata ed alla giacente. Considerazioni generali.**

34. Della separazione in rapporto all'eredità beneficiata. — 35. In rapporto all'eredità giacente. — 36. Considerazioni generali sull'istituto della separazione nel sistema del nostro Codice civile.

34. Giova da ultimo discorrere brevemente il rapporto della separazione coll'eredità beneficiata e giacente.

Accettata l'eredità col benefizio dell'inventario, hanno i creditori interesse di chiedere la separazione a tutela dei proprî diritti? La questione era fieramente controversa in diritto francese: alcuni scrittori attribuivano al benefizio dell'inventario l'effetto stesso della separazione a favore dei creditori, altri lo negavano, altri ritenevano opinioni intermedie. Nel nostro diritto la questione è legislativamente risoluta dall'art. 2058 Codice civile: « L'accettazione della eredità col benefizio dell'inventario non dispensa i creditori del defunto ed i legatari, che intendono valersi del diritto

(1) App. Bologna, 28 giugno 1877, Cartelli c. Martelli (*Riv. Giuridica Bolognese*, 1877, 171).

di separazione, dall'osservare quanto è stabilito in questo titolo ».

Dal punto di vista dei principî e della logica i due benefizî hanno apertamente scopo diverso, l'uno a vantaggio dei creditori del defunto, l'altro a vantaggio dell'erede, e dato il carattere loro di principî eccezionali, data la tendenza del nostro legislatore di salvare pur sempre il domma della *successio in ius*, non si vuol certo che l'uno produca gli effetti dell'altro; quando ciò avvenga, gli è che altrimenti il benefizio non potrebbe nemmeno produrre l'effetto che gli è proprio. Pertanto dice bensì la nostra legge che il benefizio dell'inventario produce l'effetto che i beni proprî dell'erede non siano confusi con quelli dell'eredità (art. 968), ma questo effetto è costituito a *vantaggio* dell'erede, è necessario perchè all'erede sia conservato il diritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti contro l'eredità stessa: ciò dichiara l'articolo stesso. Ma a questo fine la separazione dei due patrimoni è bensì vera e propria separazione, distinzione di due masse di diritti e di ragioni, di attività e di passività, con possibili incrementi e decrementi, indipendenti l'una dall'altra, salvo quella specie di unione personale in quanto appartengono ad un solo subbietto; ma non occorre che sia di più, nè quindi generi a favore dei creditori privilegio od ipoteca sui beni del defunto.

Pur nondimeno è certo che il risultato pratico del benefizio d'inventario è di assicurare il soddisfacimento dei creditori del defunto e dei legatari sul patrimonio del defunto preferibilmente ai creditori dell'erede: vale a dire lo scopo stesso della separazione dei beni (art. 2055); ma ciò avviene perchè l'erede, per non essere responsabile coi beni proprî, come nel caso di colpa grave commessa nell'amministrazione dei beni ereditari (articolo 970 Cod. civ.), o per non decadere affatto dal benefizio, come nel caso che venda beni immobili dell'eredità senza l'autorizzazione giudiziale (art. 973 Cod. civ.), deve di fatto riserbare ai creditori del defunto i beni dell'eredità, amministrarla per conto loro. Il

soddisfacimento dei creditori del defunto sui beni del defunto è un necessario effetto, direi quasi, di rimbalzo, assicurato dalle condizioni e dai limiti, cui è sottoposto il benefizio d'inventario. E questo soddisfacimento è regolato in modo non del tutto conforme alla separazione. Da un lato, tenuto conto che l'erede non succede in sostanza nei debiti, perchè non ne è responsabile oltre l'ammontare dell'eredità, i creditori non soddisfatti hanno regresso contro i legatari (art. 977 Cod. civ.); dall'altro lato, poichè il beneficio non è costituito a loro vantaggio, i creditori non sono veramente nella condizione di separatisti, non si attua tra loro un vero concorso, ma ciascuno provvede da sè ai proprî interessi col chiedere il pagamento o fare opposizione, ed ancora è costretto a dividere la sua azione tra più coeredi.

Ma ciò che più importa di considerare è che appunto per essere la garentìa dei creditori un effetto di rimbalzo, essa può svanire, quando meno il creditore se l'aspetta; se l'erede rinuncia o decade dal benefizio d'inventario i creditori restano privi di questa garentìa di fatto, nè possono chiederne certo la continuazione, perchè la legge non ha inteso di assicurar loro verun diritto. E poichè tale rinuncia o decadenza può succedere dopo i tre mesi stabiliti per la domanda di separazione, è manifesto che a premunirsi essi possono aver interesse di domandare la separazione contro l'eredità beneficiata. Questo è il senso dell'art. 2058, ed in questo senso esso è perfettamente in armonia cogli scopi e l'ordinamento dei due benefizî (1).

---

(1) Che il benefizio d'inventario assicuri la separazione dei beni a vantaggio dei creditori del defunto, salvo le cause eventuali di decadenza, è opinione dominante. Cfr. Pacifici-Mazzoni, *Cod. civile comm.*, vol. IX, 14, 210, 247; Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. IV, n. 39, e vol. X, n. 296; Borsari, *Cod. civile*, § 4308; Righini, op. citata, pag. 63; Levi, op. cit., pag. 114-116; Mirabelli, in *Dir. e Giur.*, vol. IV, pag. 172; Melucci, op. cit., pag. 376 e seguenti, e *Foro Italiano*, 1878, I, 1197.

Nella giurisprudenza: Cass. Torino, 25 luglio 1884, Maderni c. Erba e Comune di Pallanza (*Foro Ital.*, 1885, I, 97); App. Brescia, 11 giugno

35. A maggior ragione poi giova ai creditori di premunirsi nell'ipotesi di eredità giacente (articolo 980-982 Codice civile).

Siamo nell'eredità giacente in una posizione analoga alla eredità beneficiata. Niuno si presenta a reclamare l'eredità, e questa rimane di fatto a garentìa dei creditori; si nomina un curatore e si applicano anzi le stesse norme di amministrazione e rendimento dei conti riguardanti l'inventario (art. 982 Cod. civ.).

Ma questo stato di cose può cessare e l'erede sopravvenuto dopo i tre mesi esser insolvibile; nè i creditori possono chiedere allora la separazione, giacchè la successione si è aperta al momento della morte del defunto e poco importa che l'erede a cui era da quel momento deferita, abbia tardato a farsi noto. Nè si può dubitare nel nostro diritto, come avveniva nel diritto francese, che i creditori del defunto possano domandare la separazione anche in confronto dell'eredità giacente, giacchè il nostro Codice non richiede per l'iscrizione il nome dell'erede, se non quando questo è noto (art. 2060 Cod. civ.), e la domanda di separazione dei mobili si può dirigere contro qualunque legittimo rappresentante dell'eredità (articolo 900

1887, Ridolo c. Abbeni (*Id.*, 1887, I, 1074, con nota adesiva dell'avvocato Castiglione); Appello Milano, 13 settembre 1889, Banca Subalpina di Torino c. Moglia (*Giur. Ital.*, 1890, I, 2, 33); App. Catania, 14 aprile 1893, Lo Curzio Ventimiglia c. Ursino (*Foro Ital.*, 1893, I, 1030); Cassazione Palermo, 17 marzo 1896, Banco di Sicilia c. Banca d'Italia (*Id.*, 1896, I, 580); Cass. Firenze, 23 marzo 1896, Tomasini c. Berra, De Rocco e Gai (*Id.*, 1896, I, 676).

In senso contrario (spesso però la contraddizione è apparente e spunta nella incidentale motivazione della sentenza), cfr.: App. Messina, 10 settembre 1878, Schirò c. Chemi (*Id.*, 1878, I, 1197, con nota contraria del Melucci); Cass. Roma, 10 dicembre 1878, Granati c. Horalis e Berbella (*Id.*, 1879, I, 996); Cass. Palermo, 10 dicembre 1879, Valenti c. Schirò (*Circ. Giur.*, XI, 164); App. Palermo, 19 aprile 1888, Cassa di risparmio di Palermo c. Alfano ed Eredità Daddi (*Foro Ital.*, 1888, I, 1239); App. Catania, 22 ottobre 1888, Consoli e Rapisardi c. Tomaselli (*Id.*, 1889, I, 166).

Codice proc. civ.); ora tale è anche il curatore di un'eredità giacente.

36. Se ora, esaurita la trattazione di questo benefizio, in cui pure il nostro Codice ha sfrondato in larga parte la selva di questioni che si agitavano sotto l'impero del Codice francese, ci facciamo a considerare il domma della *successio in ius* o della *successio in universum ius*, come si usa dire più comunemente, tanto a noi sembra risultare con sicurezza; quel domma ha il suo culto, ha i suoi fedeli, ma la nostra coscienza lo respinge, la forza delle cose e la realtà dei rapporti nella perenne, faticosa opposizione alle sue conseguenze, lo condanna, la essenza del patrimonio e del credito vi repugna. Esso sacrifica sempre qualcuno: o l'erede, o i creditori del defunto, o i creditori dell'erede; e se coll'immolare gli interessi di una delle parti vien fatto di salvare o migliorare quelli dell'altra, ciò è precisamente contrario ai più fondamentali canoni di giustizia sociale, che hanno formole tradizionali e drastiche nei celebri adagi, che alcuno non deve *lucrum facere ex aliena iactura*, che è da preferire chi *certat de danno vitando* a chi *certat de lucro captando*. Un complicato, confuso insieme d'istituti è venuto via via formandosi e ampliandosi per rimediare alle più gravi iniquità (concordato coll'erede, benefizio della separazione, benefizio d'inventario), nè vi rimedia sempre, nè a tutte; e la vita sociale, che li ha reclamati, sente però la molestia e il danno di una pesante macchina. L'infelice che con senso delicato non invocò il beneficio dell'inventario per l'eredità di un prossimo congiunto passiva, ma non ruinosa a prima vista, il minore che decade dal beneficio allo spirar dei ventidue anni, veggono dopo cinque, dieci anni, dopo una decadenza, da cui pareva ormai superfluo salvaguardarsi, comparire insidiosamente un onere patrimoniale che schiaccia le loro forze e ruina i loro creditori personali. Finalmente la civiltà e lo svolgimento dei commerci fondano sulle basi più solide il principio « che il

patrimonio del debitore è la garentìa comune de' suoi creditori », lo fanno penetrare nei Codici, pur così restii a esprimere principî generali, e nei Codici stessi trova albergo questo fantasma della *successio in ius*, che intende sostituire una garentìa personale alla patrimoniale, sottrarre ai creditori del defunto il patrimonio del defunto, ai creditori dell'erede il patrimonio dell'erede.

A parte dunque la nostra ipotesi circa l'origine della eredità romana, cui si riconnette la *successio in ius*, la stessa rivoluzione storica subìta da questo principio e la demolizione dei numerosi principî paralleli ad esso nel diritto romano, tutti spariti nel diritto moderno, la considerazione realistica della vita e del diritto, ben consiglierebbero di espellere totalmente quest'ultimo vestigio di un antichissimo passato. Abolita la confusione dei patrimoni, abolita la successione *ultra vires*, abolita quella stranissima successione nella buona o mala fede del defunto, insomma, eliminata affatto la *successio in ius*, l'eredità si regola come ogni altra successione patrimoniale e tutto l'ordinamento assume un carattere chiaro, logico, semplice. Certo la veneranda tradizione sparisce; ma se a questa s'inchinano ancora i dottrinari, che giungono a ritrovare l'origine della *successio in ius* nell'interesse del credito, del commercio, dell'economia monetaria, quando nulla prova che i concittadini di Appio Claudio il Decemviro fossero più buoni commercianti degli Anglo-Sassoni, quando (tale è il risultato concorde degli studi recenti, storici ed economici) non c'era a tempo delle XII Tavole moneta coniata, tale non ci sembra l'avviso dei giuristi che vivono più al contatto col diritto che si muove.

Il voto dei più insigni commercialisti di attuare il concorso tra i creditori dell'eredità, unificando per lo meno la separazione ed il benefizio d'inventario e sottoponendo la eredità stessa alla procedura del fallimento, è l'espressione di questa tendenza e insieme del bisogno di eguagliare la condizione dei creditori, togliendo di mezzo le inique dif-

ferenze derivanti dalle separate, individuali relazioni dei singoli creditori coll'erede (1).

---

(1) Una manifestazione pratica di questa tendenza è visibile nel Progetto di legge sul concordato preventivo all'articolo 35 relativo al concordato proponibile dagli eredi beneficiati di un commerciante. Meritano specialmente attenzione le parole inspirate ad un concetto veramente pratico e giusto, del relatore Leone Bolaffio (pag. 38 e 107 della *Relazione* o *Esposizione dei motivi*), che rileva e descrive gli inconvenienti molteplici del nostro sistema per cui, mentre l'erede liquida il patrimonio accettato col beneficio dell'inventario, i creditori singoli sono autorizzati a procedere alle esecuzioni individuali sul patrimonio medesimo. [Vedi sopra *Scritti giuridici*, I, pag. 552-553].

Le considerazioni del Bolaffio sono perfettamente in armonia con le nostre idee. Lo stato delle cose circa l'eredità e la *successio in ius* è attualmente simile alla condizione dell'eredità intestata nell'ultimo stadio dello svolgimento del diritto romano, quando la base della cognazione o parentela naturale aveva così sopraffatto, sempre mediante una serie di eccezioni, finzioni e compromessi, la base agnatizia, che il dedalo inestricabile di disposizioni legislative non serviva se non a oscurare e nascondere dietro un ordinamento fastidioso e barocco il principio vero del nuovo sistema successorio. Giustiniano che dapprima, come nell'ordinamento del patrimonio familiare, aveva seguìto l'antico indirizzo di stabilire eccezioni o ampliare le derogazioni stabilite, ebbe più tardi il felice intuito di avvertire che il periodo della conciliazione tra il vecchio ed il nuovo, dato pure che un riguardo ai puri agnati fosse ancora desiderabile, era di fatto oltrepassato oramai, e il mero istinto della semplicità legislativa lo portò a sancire, con le celebri *Novelle* 118 e 127, il principio della cognazione come sola base del diritto di successione legittima. Una chiara coscienza di tal genere circa l'eredità e la *successio in ius* non si è ancora formata nel nostro movimento legislativo; ed è più difficile che ciò avvenga per il modo ond'esso è regolato: tuttavia, nonostante che la dottrina tradizionale contrasti, anzichè favorire il movimento, noi non dubitiamo che la tendenza di aumentare le brecce del nostro sistema, dietro la pressione della coscienza e dei bisogni veri, e l'esempio delle più recenti legislazioni finiranno coll'esaurire anche nelle reliquie il vieto domma della *successio in ius*.

"ADDENDA ET CORRIGENDA„

A pag. 23, linea 26, *invece di:* scorgerlo, il carattere), *correggi:* scorgerlo) il carattere.

A pag. 44, linea 13-14, *invece di:* della famiglia è tuttavia penetrato, *correggi:* della famiglia è penetrato.

A pag. 65, n. 1, *correggi:* L. 5, D. *quae res*, 20, 3 *e* L. 37, D. *de lib. c.*, 40, 12.

A pag. 77, n. 3, *correggi:* Cuiacii.

A pag. 93, linea 26, *invece di:* In esso il marito, *correggi:* In esso.

A pag. 122, n. 1, *correggi:* Cfr. *Fragm. Vat.*, § 263; Cod. Herm., VII, 1, ed. Haenel (= Consult., 6, 10 e c. 11, C. *de don.*, 8, 53, interp.); Cod. Hermog., VII, 2, ed. Haenel (= Consult., 6, 11); fr. 42 pr., D. *de m. c. don.*, 39, 6; c. 2, C. *de cond. ob c. dat.*, 4, 6; c. 15 pr. C., 8, 53 (54)..... Inoltre *invece di:* 23, 7, *correggi:* 23, 3.

A pag. 161, linea 10, *invece di:* addossarne, *correggi:* addossarsene.

Ibidem, n. 2, *aggiungasi:* 8ª ed., P. Sokolowski, 1912, vol. II, § 445, p. 910 e seguenti.

A pag. 183, linea 34-35, *invece di:* per il diritto giustinianeo, *correggi:* per il concetto romano qual è deformato nel diritto giustinianeo.

A pag. 244, n. 1, linea 10, *invece di:* degli elementi, *correggi:* dagli elementi.

A pag. 249, *in fine:* Postilla. — Data la precedenza del testamento nell'inciso discusso della legge agraria (*testa-*

mento hereditate deditioneve), non è forse molto plausibile l'idea che la parola alluda *semplicemente* ai legati. Ciò posto, l'interpretazione migliore tornerebbe ad esser la più antica, proposta dal RUDORFF (*Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.*, vol. X, 1842, pag. 62-63), che *testamento* si riferisca a un tempo stesso all'eredità testamentaria e ai legati. In tal caso certamente il secondo membro, *hereditate*, non può alludere che alla sola eredità intestata; ma il suo riferimento a questa risulta non tanto dal valore tecnico dell'espressione, quanto dal senso comprensivo del testamento, che già abbraccia in sè un ramo dell'*hereditas* e insieme i legati. L'irregolarità è più di pensiero che di parole, e non è la sola in quest'ordine d'idee, di cui ci offra esempio questa legge così ricca di enimmi. A ogni modo la stessa circostanza che l'espressione *testamento* è in capo all'inciso esclude qualunque subordinazione a quella che sarebbe la vera e propria *hereditas*.

A pag. 251, n. 1, *invece di:* IV (1901), *correggi:* IV (1891).

A pag. 258, linea 27, *invece di:* pr. I. *de adq. per adr.* III, 11, *correggi:* III, 10.

A pag. 261, linea penultima, *invece di:* L. 46, *correggi:* L. 36.

A pag. 268, n. 2, penultima linea, *invece di:* D., 19, 1, *correggi:* D., 19, 2.

A pag. 270, linea 4, *invece di:* L. 70, D., 7, 1, *correggi:* L. 70, § 3, D., 7, 1.

A pag. 278, n. 1, *invece di:* FRONT., *Strat.*, III, 171, *correggi:* FRONT., *Strat.*, III, 17, 1.

A pag. 318, terz'ultima linea, *invece di:* L. 70, § 1, *correggi:* L. 70, § 3.

A pag. 379, n. 1, ultima linea, *invece di:* L. 77, § 70, *correggi:* L. 77, § 7.

A pag. 382, n. 1, penultima linea, *invece di:* DIERUP, *correggi:* DRERUP.

A pag. 394, linea 6 (dal basso), *correggi:* *συγγραφοδιαθῆκαι.*

A pag. 337, linea 25, *invece di:* in un'aggiunta al presente scritto, *correggi:* in un complemento al presente scritto (v. appresso lo studio sulla διαθήκη ellenica, pag. 420-429, n. 2).

A pag. 419, n. 1, linea 8, *invece di: ignoravano*, *correggi: ignorano.*

A pag. 425, in seguito alla prima nota, *aggiungi:*

Una bella riprova delle nostre idee è data dalla recente pubblicazione di Domenico Comparetti, *Tabelle testamentarie ed altre iscrizioni greche*, Firenze 1915 (uscita mentre il nostro volume era nella parte relativa stampato), nella quale si esaminano διαθῆκαι di vecchia e nuova scoperta, derivanti da Crimisa, Caulonia, Petelia, Terina, e le iscrizioni di Dodona e Corcira. Gli atti rispecchiano lo stesso carattere e lo stesso linguaggio delle consuete διαθῆκαι, che si battezzano per testamenti. La stessa occasione rivela talora che si tratta nel senso romano di donazioni *mortis causa* e l'imbarazzo nella designazione trapela ad ogni istante nel commento dell'illustre editore, il quale propende spesso per la donazione *mortis causa* e schiva il nome di testamento. Vero è pur sempre che se si vuol usare la parola testamento, senza confondere le istituzioni, conviene tenere presente che la si usa nel senso generico di disposizione a causa di morte e non in quello del testamento romano, e che queste disposizioni a causa di morte nel diritto romano sarebbero donazioni *mortis causa.* Noto solo che Domenico Comparetti nella integrazione della iscrizione di Crimisa, dichiara più risolutamente che non potessi io fare « sotto ogni aspetto assurdo il supplemento ζοός [καὶ ἱ] κανός segnato dal Vogliano a l. 4-5 » ed esprime la sua meraviglia ch'esso sia stato approvato dal De Sanctis, osservando che tale supplemento, « pel senso che avrebbe la formula così composta, è anche ridicolo, poichè non si è mai visto l'autore di un atto testamentario affermare enfaticamente (not. i due καὶ) di esser vivo, mentre (not. il presente δίδωτι) ei compie quest'atto!... Quanto poi a ἱκανός sarebbe un'assai singolare novità che questa voce si tro-

vasse adoperata nel senso dal V. supposto di capacità di mente o anche di capacità giuridica (*facultas testandi*) (l. c., pag. 5) ».

Ma quel che è per me più consolante, il Comparetti, considerato lo spazio della lacuna e la quarta lettera della linea 5ª, la quale non può integrarsi in un ς, bensì in un ν, conclude, con la sicurezza che a lui è consentita: « risulta facile e indubitabile il supplemento κ[αὶ ϑ]ανόν, che è confermato dall'altra tabella, di cui più appresso, nella quale la stessa formula καὶ ϑανών ricorre, come vedremo, e non vide il V. ». È, come si vede, la stessa integrazione da me proposta pochi mesi innanzi, poichè lo studio del Comparetti risulta dato alle stampe ai primi di luglio 1915 e la mia lettura all' Istituto Lombardo è dell'aprile dello stesso anno.

A pag. 441, n. 1 e 463, n. 1, *aggiungi:* Il Ferrini in corrispondenze private si dichiarò convinto della giustezza delle mie obbiezioni.

A pag. 481, linea 8, *invece di:* dell'adozione, *correggi:* dall'adozione.

A pag. 487, n. 1, linea 13, *dopo le parole:* insignificante e pericolosa, *aggiungasi in parentesi:* (Sulla derivazione di *heres* da χήρος ved. diffusamente, ad es., in A. Walde, *Lat. etym. Wörterbuch*, 2 Aufl., Heidelberg 1910; contra: L. Wenger, in *Wörter u. Sachen*, I, pag. 89 e seg., e Zupitza, in *B. Woch f. k. PL.*, 1909, pag. 674 e seguenti).

A pag. 511, linea 9 (dal basso), *invece di:* L. 2 pr., *correggi:* L. 3 pr.

A pag. 571, linea 7, *aggiungi:*

Alla letteratura sul diritto di separazione si deve ora aggiungere l'ampia e, secondo il consueto, acuta trattazione dell'avv. G. Venzi, nelle note alle *Istituzioni di diritto civile* del Pacifici-Mazzoni, vol. VI, Firenze 1914, pag. 623-651.

INDICE DELLE FONTI

FONTI GIURIDICHE

Diritto Romano.

Institutiones.

II 1, § 23, p. 268 n. 2.
» 2, § 2, p. 175 n. 4.
» 6, § 4, p. 542.
» 7, § 1, p. 425 n. 1.
» » § 2, p. 124 nota 1.
» 9, § 6, p. 260.
» 19, § 7, p. 486 nota.
» 20, § 24, p. 372.
» » § 34, p. 135 n. 7, 375.
» 23, § 4, p. 260.
» 25 pr., p. 400 n. 1.
III 10 pr., p. 258.
» » § 1, p. 184 n. 2, 258.
» 12 pr., » »
» 23, § 12, p. 270.
» 24, § 6, p. 286 n. 2.
IV 6, § 33, p. 539.
» » § 33*b*, p. 585 n. 2.

Digesta.

I 1, 5, p. 65 n. 1.
» 7, 33, p. 255 n. 2.
II 8, 15, p. 264 n. 1.
» 13, 9, § 1, p. 169 n. 1, 253, 514.
» 15, 1, § 25, p. 296 n. 1.
» » 8, § 16, p. 296 n. 1.
» 31, 80, p. 438.
III 2, 6, § 6, p. 286 n. 1 e 4.
IV 1, 5, p. 600.
» » 6, p. 273 n. 3.
» 6, 30 pr., p. 286 n. 3.
V 1, 36, § 1, p. 392 n. 1.
» » 50, § 1, p. 131 n. 1.
» 2, 6, § 2, p. 286 n. 6.
V 2, 6, § 6, p. 286 n. 6.
» » 15, p. 143 n. 1.
» » 31, p. 286 n. 6.
» 3, 13, § 4, p. 274.
» » § 6, p. 448 n. 1.
» » 13, § 8, p. 274.
» » 20, § 10, p. 272.
» » 25, § 6, p. 542.
» » 34 pr., p. 273 n. 4.
» 4, 8, p. 264.
VI 2, 2, p. 426 n. 1.
» » 11, § 2, p. 286 n. 8.
VII 1, 53, p. 96.
» » 70, § 3, p. 270, 318.
» 2, 7, p. 453 n. 3.
» » 11, § 3, p. 264 n. 1.
VIII 4, 13 pr., p. 170 n. 1, 253, 514.
X 2, 2, § 2, p. 273 n. 4-5.
» » 18, § 2, p. 392 n. 2.
» » 30, p. 270 n. 1.
XI 1, 11, § 2, p. 264 n. 1, 265 n. 1.
» » § 3, p. 264 n. 1.
» » § 6, p. 265 n. 1.
» » § 10, p. 543.
» » § 11, p. 539, 543.
» 7, 31, p. 273 n. 4.
XII 8, 15, p. 265.
XIII 5, 24, p. 286 n. 2, 288.
» 6, 3, § 3, p. 264 n. 1.
» » 5, § 5, p. 264 n. 1.
XIV 1, 2, p. 296 n. 1.
XV 1, 53, p. 123 n. 5.
XVI 3, 32, p. 544.
XVII 1, 10 pr., p. 544.
» 2, 1, § 1, p. 123 n. 5.
» » 5 pr., p. 286 n. 2.

XVII 2, 6, § 9, p. 286 n. 2.
XVIII 1, 35, § 6, p. 269 n. 2.
» » 68 pr., p. 544.
XIX 2, 9, § 1, p. 96.
» » 51, § 1, p. 268 n. 2.
XX 3, 3, p. 286 n. 1.
» » 5, p. 65 n. 1.
XXI 1, 19, § 5, p. 257.
» 3, 3, § 1, p. 258.
XXII 1, 25, p. 85 n. 1.
» » 38, § 12, p. 85 n. 1.
» 6, 2, p. 538.
» » 4, p. 542.
XXIII 1, 8, p. 296 n. 1.
» 3, 1, p. 84 n. 1.
» » 72, p. 122 n. 1, 292 n. 2.
» » 78, § 2, p. 73 n. 2.
» 5, 1, § 1, p. 290 n. 3.
» » § 2, p. 263.
» » 2, p. 290 n. 3.
XXIV 1, 22, p. 427 n. 2.
» » 32, § 2, p. 565 n. 1.
» » § 3, p. 428 n. 2.
» 3, 7, p. 85 n. 1.
» 3, 7, § 1, p. 72, 73, 78 n. 2, 83, 85, 89, 92, 97.
» » § 2, p. 73 n. 2, 97.
» » § 3, p. 85, 91 n. 1, 98.
» » § 6, p. 73 n. 1, 85 n. 2.
» » § 7, p. 73 n. 1, 85 n. 2, 99.
» » § 8, p. 73 n. 1, 99.
» » § 9, p. 86.
» » 11, p. 73 n. 2.
» » 25, § 4, p. 93 n. 2.
» » 31, § 4, p. 73 n. 2.
XXV 3, 5, § 16, p. 204 n. 1.
XXVI 2, 1 pr., p. 391 n. 1.
» » 20, § 1, p. 391 n. 1.
» 4, 3, § 8, p. 286 n. 4.
» » § 9, p. 286 n. 4.
XXVII 2, 1, § 3, p. 392 n. 2.
» 5, 4, p. 544.
» 8, 4, p. 286 n. 10, 287 n. 1.
» 9, 5, § 6, p. 286 n. 2.
» » 12, p. 288.
XXVIII passim, p. 223.
» 1, 6, p. 143 n. 2.
» 2, 11, p. 64 n. 2.
» » 19, p. 379 n. 2.
» 3, 12, § 1, p. 138 n. 2.
» 4, 3, p. 184 n. 2.
» 5, 9, § 12, p. 253.
» » 35, p. 456.
» » 38 pr., p. 379 n. 2.
» » 93 (92) p. 138 n. 1.
XXVIII 6, 1, § 3, p. 375.
» » 12, p. 597, 600 n. 2.
» » 47, p. 379 n. 2.
XXIX 1, 17, § 1, p. 573.
» » 17, § 2, p. 574 n. 1.
» » 19 pr., p. 138 n. 3.
» » 36, p. 138 n. 3.
» 2, 8 pr., p. 286 n. 11, 295.
» » 37, p. 170 n. 1, 258, 514, 515.
» » 39, p. 141 n. 1.
» 6, 10, § 1, p. 265 n. 1.
» 7, 20, p. 375.
XXX 18, p. 431 n. 1.
» 26, § 2, p. 183 n. 2.
» 27, p. 183 n. 2.
» 34, § 10, p. 268 n. 1.
» § 11, p. 431 n. 1, 432 n. 1 e 2, 449 n. 1, 456 n. 1.
» § 12, p. 432 n. 2, 453 n. 2.
» 71 pr., p. 447.
» 104, § 5, p. 453 n. 3.
» § 7, p. 183 n. 2.
» 108, § 3, p. 379 n. 2.
» § 13, p. 379 n. 2.
» 114, § 13, p. 379 n. 2.
» § 15, p. 379 n. 2.
» § 16, p. 379 n. 2.
» § 18, p. 379 n. 2.
» 116, § 1, p. 431 n. 1, 453 n. 1.
» § 10, p. 431 n. 2.
XXXI 8, p. 183 n. 2.
» 9, p. 183 n. 2.
» 10, p. 270 n. 1.
» 18, p. 431 n. 1.
» 29 pr., p. 376 n. 1.
» 34, § 1, p. 376 n. 1.
» § 5, p. 376 n. 1, 379 n. 2.
» § 6, p. 376 n. 1.
» § 7, p. 376 n. 1.
» § 10, p. 268 n. 1.
» § 11, p. 431 n. 1.
» 45, § 1, p. 379 n. 2.
» 60, p. 376 n. 1.
» 69, § 2, p. 376 n. 1.
» 70, § 2, p. 376 n. 1.
» 75, § 1, p. 431 n. 1.
» 76, § 1, p. 183 n. 2, 270 n. 1.
» § 5, p. 376 n. 1.
» 77 pr., p. 376 n. 1.
» § 4, p. 376 n. 1.
» § 7, p. 376 n. 1, 379 n. 2.
» § 8, p. 376 n. 1.
» § 9, p. 376 n. 1, 379 n. 2.
» § 10, p. 376.

XXXI § 19, p. 376 n. 1.
» § 21, p. 376 n. 1.
» § 30, p. 376 n. 1.
» § 80, p. 438.
» 81, p. 376 n. 1.
» 83, p. 376 n. 1.
» 86, p. 376 n. 1.
» 87, § 4, p. 376 n. 1.
» 88 pr., p. 376 n. 1.
» § 2, p. 376 n. 1.
» § 7, p. 376 n. 1.
» § 9, p. 376 n. 1.
» § 15, p. 376 n. 1.
» 89 pr., p. 376 n. 1.
» § 1, p. 376 n. 1.
» § 6, p. 376 n. 1.
» 116, § 1, p. 431 n. 1.
XXXII 40 pr., p. 431 n. 1 e 2.
» 41, § 7, p. 379 n. 2.
» 80, p. 267, 268 n. 1.
XXXIII 1, 7, p. 392 n. 2.
» 4, 1, § 4, p. 269 n. 1.
» 5, 21, p. 379 n. 2.
XXXIV 4, 4, p. 428 n. 2.
» 9, 7, p. 286 n. 11.
» » 15, p. 431 n. 2.
» » 18, § 2, p. 431 n. 1.
XXXV 1, 71, p. 392 n. 1 e 2.
» » 109, p. 448 n. 1.
» 2, 40, p. 448 n. 1.
» » 74, p. 431 n. 2, 452 n. 1.
» » 76 pr., p. 448 n. 1.
» » 86, p. 432 n. 1, 452 n. 2 e 3, 456.
» » 87, § 1, p. 453 n. 3.
» » 90, p. 448 n. 1.
» » 91, p. 432 n. 1, 448 n. 1, 452 n. 1-2.
» » 93, p. 448 n. 1.
XXXVI 1, 11, § 2, p. 598.
» » 15, §§ 5 e segg., p. 271.
» » 17 (16), § 2, p. 270, 634 n. 1.
» » 18, § 3, p. 431 n. 2.
» » 19 (18), p. 432 n. 1, 452 n. 2.
» » 23, § 5, p. 183 n. 2.
» » 39, p. 256.
» » 78, § 13, p. 453 n. 3.
» 3, 1, § 12, p. 264 n. 1.
» 4, 5, § 4, p. 591.
» » § 16, p. 591.
» » § 21, p. 591.
XXXVII 1, 1, p. 131 n. 3.
» » 2 pr., p. 511.
» » 3 pr. p. 131 n. 3, 174 n. 3, 175 n. 1, 254, 259, 261, 270, 274, 306, 511, 514, 518.
XXXVII 5, 18, p. 431 n. 2.
» 6, 2, § 1, p. 291 n. 1.
XXXVIII 3, 1, § 1, p. 318.
XXXIX 1, 22, p. 286 n. 9.
» 2, 15, § 18, p. 268 n. 1.
» » 24, § 1 *a*, p. 258.
» 5, 7, § 4, p. 143 n. 2.
» » 28, p. 124 n. 2.
» » 35, p. 264 n. 1.
» 6, 42, p. 122 n. 1.
» 7, 1 pr., p. 425 n. 1.
» » 35, § 3, p. 425 n. 1.
XL 4, 17, § 1, p. 392 n. 2.
» » 40, p. 392 n. 2.
» » 44, p. 392 n. 1.
» » 50 pr., p. 184 n. 2.
» 5, 4, § 17, p. 184 n. 1.
» 12, 22, § 4, p. 207 n, 2.
» » 35, § 3, p. 425 n. 1.
» » 37, p. 65 n. 1.
XLI 1, 7, § 5, p. 268 n. 2.
» » § 11, p. 270 n. 2.
» » § 23 pr., p. 300 n. 1.
» » 62, p. 121 n. 1, 263, 290 n. 2.
» » § 1, p. 263.
» 2, 1, § 22, p. 318.
» 3, 4, § 15, p. 170 n. 1, 254, 255, 261, 514.
» » 23 pr., p. 270 n. 2.
» » 31 pr., p. 542, 543.
» » 32, § 1, p. 542, 543.
» » 36, § 1, p. 542, 543.
» » 44, § 4, p. 542.
» 4, 2, § 6, p. 270 n. 2.
» » § 15, p. 542, 543.
» » 11, p. 542.
» 10, 5, p. 542.
XLII 3, 2, p. 286 n. 5.
» » 7, p. 651 n. 1.
» » 6 pr. p. 585 n. 2.
» » 7, § 14, p. 585 n. 2.
» » 14, § 2, p. 585 n. 2.
» 5, 12, p. 620 n. 2.
» » 31, p. 601 n. 3.
» 6 (tit.), p. 571.
» » 1 pr., p. 642 n. 2.
» » § 1, p. 593, 641 n. 1.
» » § 2, p. 574, 593 n. 1, 641 n. 1.
» » § 3, p. 605 n. 2, 610 n. 2.
» » § 5, p. 593 n. 1, 605.
» » § 6, p. 574, 588 n. 3, 597, 598, 651.
» » § 8, p. 602 n. 1.
» » § 9, p. 600.
» » § 10, p. 572, 621, 654 n. 1.

XLII 6, 1, § 11, p. 621.
» » § 12, p. 653 n. 2.
» » § 13, p. 642 n. 1.
» » § 14, p. 642 n. 2.
» » § 15, p. 621.
» » § 16, p. 616 n. 1, 620, 621.
» » § 17, p. 630, 631 n. 2, 638, 639, 640, 651.
» » § 18, p. 588 n. 3, 589, 596, 633 n. 1.
» » 2, p. 610 n. 2, 653 n. 1.
» » 3 pr., p. 641 n. 1.
» » § 1, p. 641 n. 1.
» » § 2, p. 577 n. 2, 631, 638, 639, 640, 651.
» » 4 pr., p. 585 n. 2.
» » 4, § 1, p. 589.
» » 5, p. 630, 631 n. 2, 638, 639, 640, 651.
» » 6 pr., p. 589.
» » § 1, p. 588 n. 3, 599, 633 n. 1.
» 8, 1, § 2, p. 295 n. 1.
» » 6, § 2, p. 595 n. 1.
» » 10, § 22, p. 295 n. 1.
» » 14, p. 295 n. 1.
XLIII 1, 1 pr., p. 269 n. 5.
» 2, 1, § 1, p. 269 n. 5.
» 3, 1, § 6, p. 431 n. 2.
» » 1, § 13, p. 258.
» 19, 3, § 2, p. 256 n. 2.
» 24, 8, p. 270 n. 2.
» 26, 16, p. 290 n. 1.
XLIV 1, 6, p. 258.
» 2, 28, p. 254.
» 3, 11, p. 170 n. 1, 259, 261, 514, 515.
» 4, 4, § 28, p. 128 n. 2.
» 7, 5, § 2, p. 296 n. 1.
» » 42 pr., p. 585 n. 2.
XLV 2, 9 pr., p. 394 n. 1.
» 3, 36, p. 259, 261.
XLVI 6, 9, p. 295.
» 7, 5, § 3, p. 286 n. 7.
XLVII 1, 1 pr., p. 246 n. 1.
XLVIII 8, 2, p. 64 n. 2, 66 n. 2.
» 10, 1, § 12, p. 286 n. 2.
» 19, 20, p. 246 n. 1.
» » 26, p. 286 n. 9.
» 20, 7 pr., p. 274, 322.
XLIX 14, 11, p. 291 n. 1.
» 15, 19 pr., p. 255 n. 1.
» 17, 2, p. 273 n. 2.
L 2, 4, p. 288.
» 16, 20, p. 376 n. 1.
» » 21, p. 295 n. 1.
» » 24, p. 259, 262, 530.
» » 28, p. 175 n. 2.
» » 39, § 1, p. 131 n. 1, 291 n. 1.
» » 49, p. 132, 293, 294, 295.
» » 70, p. 259, 262.
» » 83, p. 131 n. 1, 254, 291 n. 1, 292 n. 1.
» » 88, p. 291 n. 1.
» » 119, p. 175 n. 3.
» » 120, p. 379.
» » 164, § 1, p. 183 n. 2.
» » 208, p. 175 n. 2, 274, 514, 518.
» » 222, p. 291 n. 1.
» 17, 7, p. 370 n. 2.
» » 59, p. 169 n. 2, 255, 514.
» » 62, p. 259, 262, 514, 515.
» » 128, § 1, p. 259, 262.
» » 141, § 1, p. 267.
» » 156, § 2, p. 256 n. 2.
» » 177, p. 254.
» » 181, p. 373.
» » 208, p. 511.

Codex Justinianus.

II 3, 26, p. 295, 297.
» 51 (52), 2, p. 71.
» 52 (53), 5, § 1, p. 256 n. 3.
III 36, 6, p. 296.
» » 24, p. 452 n. 1.
IV 2, 1, p. 295.
» 6, 2, p. 122 n. 1.
» 16, 6, p. 588 n. 4, 651.
» » 7, p. 295, 297.
» 43, 2, p. 64, 67.
» 64, 1, p. 256 n. 3.
V 4, 16, p. 66 n. 1.
» 10 (8), 1, p. 67.
» 13, 1, § 9, p. 73 n. 2.
» 34, 10, p. 287 n. 1.
» 52, 5, § 1, p. 256 n. 3, 261.
» 73, 1, p. 256 n. 3.
VI 4, 1, § 1, p. 286 n. 12.
» 23, 15, p. 135 n. 3.
» » 21, p. 135 n. 5.
» » 24, p. 135 n. 7.
» » 26, p. 135 n. 4.
» 30, 22, p. 132 n. 2.
» 61, 8, § 4, p. 291 n. 1.
VII 36, 1, p. 256.

VII 72 (tit.), p. 571, 621, 651.
» » 1, p. 591, 651.
» » 2, p. 621.
» » 7, p. 588 n. 4, 651.
VIII 33 (34), 1, p. 301.
» 40, 28, p. 641 n. 1.
» 46 (47), 3, p. 64 n. 2, 66 n. 2.
» » » 10, p. 65 n. 2.
» 51 (52), 2, p. 69.
» » » 9, p. 69.
» 53 (54), 11, p. 122 n. 1.
» » » 15, p. 122 n. 1.
» » » 15 pr., p. 260, 261, 263.
» » 35, § 5, p. 272 n. 1.
» 54, 35, p. 124 n. 1.
X 32, 27, p. 287 n. 1.
XI 66, 3, p. 287 n. 1.

Novellae.

1 cap. 1, p. 132 n. 2, 134, 265 n. 3.
22 » 12, p. 69 n. 2.
48 p. 158, 164, 404 n. 1.
118 p. 661 n. 1.
127 p. 661 n. 1.

Codex Hermogenianus (ed. Haenel).

VII 1, p. 122 n. 1.
» 2, p. 122 n. 1.

Codex Theodosianus.

II 16, 2, p. 256 n. 3.
III 3, 1, p. 66 n. 2, 70.
» 5, 13, p. 256 n. 3.
IV 8, 6, p. 65 n. 2 e 3.
» 14, 2, p. 269 n. 5.
V 9 (7), 1, p. 67 n. 1.
» » » 2, p. 69 n. 1.
» 10 (8), 1, p. 66 n. 2, 67 e n. 1.
VIII 12, 1, p. 425 n. 1.

Novellae post-theodosianae.
Nov. Val.

III 33, p. 66 n. 2 e 70.

Const. Sirm.

p. 69 n. 1.

Leges XII Tabularum.

p. 102, 108, 150, 156 n. 4, 198, 203 n. 1, 227 n. 1, 229, 238, 295-297, 328 n. 2, 329 n. 1, 352, 362, 370-72, 379, 381, 480-82, 484 n. 1, 488-93, 548, 608.

Gai, *Institutiones.*

I 3, p. 308 n. 1.
» 87, p. 296 n. 1.
II 11, p. 309.
» 12-14, p. 175 n. 4.
» 34-47, p. 124 n. 2.
» 50, p. 542.
» 55, p. 236 n. 1.
» 85, p. 128 n. 2.
» 97, p. 263.
» 98, p. 260.
» 101, p. 362 n. 1.
» 117, p. 135 n. 1 e 2.
» 151, p. 428 n. 2.
» 155, p. 155, 572, 596, 651 n. 1.
» 177, p. 286 n. 11.
» 194, p. 438.
» 217-221, p. 438.
» 221, p. 438.
» 224, p. 212 n. 1, 391 n. 1.
» 229, p. 372.
» 231, p. 135 n. 6.
» 239, p. 375.
» 245, p. 431 n. 1.
» 246 e segg., p. 270, 315.
» 248, p. 375.
» 252, p. 122, 123 n. 1.
» 253, p. 123 n. 1, 260.
» 254, p. 183 n. 2.
» 259, p. 270, 315.
III 8, p. 639 n. 3.
» 24, p. 585 n. 2.
» 35, p. 128 n. 2.
» 52, p. 262 n. 2.
» 77, p. 259.
» 82, p. 258.
» 84, p. 311.
IV 34, p. 262 n. 2.
» 35, p. 123 n. 1, 208 n. 2.
» 53 *a*, p. 585 n. 2.
» 102, p. 601 n. 3.

Gai, *Epit. vis.*

II 2, 1, p. 263 n. 1.

Gai, *Fragm. Augustodun.*

§ 61-63, p. 315 e segg.

Pauli, *Receptae Sententiae.*

I 4, 1, p. 544.
» 10, p. 585 n. 2.
III 7, 3, p. 427 n. 2.
V 1, 1, p. 65 n. 1.

Fragmenta Vaticana.

26, p. 66 n. 2.
33, p. 71.
34, p. 66 n. 2, 67 n. 2, 69, 71.
87, p. 431 n. 1.
263, p. 122 n. 1.

Ulpiani, *Regulae.*

I 9, p. 391 n. 1.
» 21, p. 135 n. 2.
XI 14, p. 391 n. 1.
XIX 13, p. 128 n. 2.
» 14, p. 128 n. 2.
» 17, p. 391 n. 1.
XX 10, p. 143 n. 2.
XXII 5, p. 318.
XXIV 15, p. 375.
» 22, p. 431 n. 1.
» 25, p. 183 n. 2.

Ulpiani, *Fr. Argentorat.*

3, p. 252 n. 3.

Consultatio veteris iurisconsulti.

5, 4, p. 585-586 n. 2.
6, 10, p. 122 n. 1.
6, 11, p. 122 n. 1.

Theophili, *Paraphrasis.*

II 2, § 1, p. 266 n. 2.
» § 2, p. 266 n. 2.
» 9, § 6, p. 266.
» § 16, p. 266.
» 23, § 4, p. 266.
» § 9, p. 266.
III 10 pr., p. 266 n. 1.
» 11 pr., p. 266 n. 1.
» 12 pr., p. 266 n. 1.
» 12, § 1, p. 266 n. 1.
» 16, § 1, p. 266.
IV 7, § 2, p. 266.

Basilicorum libri.

VII 14, 15, p. 264 n. 1.
IX 7, 40, p. 641 n. 1.
» » 41, p. 385 n. 2.
XIII 1, 3, p. 264 n. 1.
» » 5, p. 264 n. 1.
XVI 2, 1, p. 264 n. 1.
XXV 7, 57, p. 302 n. 4.
XXXV 10, 10, p. 265 n. 1.
XL 1, 3, p. 254 n. 1.
XLI 1, 85, p. 456 n. 1.
XLII 2, 8, p. 264 n. 1.
» 4, 2, p. 264 n. 1.
» » 11, p. 264 n. 1.
XLIV 1, 33, p. 456 n. 1.
» 21, 1, p. 264 n. 1, 265.
XLVII 1, 34, p. 264 n. 1.

Practica Eustathii (πεῖρα).

LXV 12, 13, p. 264 n. 1.

Harmenopuli, *Man. leg.*

V 8, 55, p. 306.

Synopsis Basilicorum.

IV, 42, 57, 68, p. 265.
V, 1, 27, p. 264.

Papiri greco-egizi.

B. G. U., I 86, p. 332 n. 1.
» » 326, p. 332 n. 1.
» II 483, p. 332 n. 1.
» III 895, p. 332 n. 1.
» » 907, p. 334 n. 2, 395 n. 2.
P. Eleph., nr. 2, p. 332 n. 1, 394.
P. Flor., I 4, p. 395 n. 2.
» » 10, p. 395 n. 2.
» » 11, p. 395 n. 2.
P. Gen., » 21, p. 332 n. 1.
P. Grenf., » 12, p. 332 n. 1.
» » 21, p. 332 n. 1.
» » 219, p. 332 n. 1.
P. Lond., II 177 (p. 168), p. 332 n. 1.
» » 219 (p. 2), p. 332 n. 1.
P. Oxy., I 104, p. 332 n. 1.
» » 105, p. 332 n. 1.
» III 489-495, p. 332 n. 1.
» VII 1034, p. 332 n. 1.
P. Petr., I 1-19 g. p. 332 n. 1.
P. Tebt., » 319, p. 395 n. 2.
» II 381, p. 332 n. 1.

Diritto moderno.

Codice civile italiano.

Disp. pr. art. 3, p. 432.
Art. 22, p. 524.
» 224, p. 524.
» 277, p. 524.
» 281, p. 524.
» 406, p. 523.
» 430, p. 96.
Art. 431, p. 96.
» 687, p. 535.
» 693, p. 182 n. 1, 196 n. 2, 300 n. 1, 554, 560.
» 701, p. 533.
» 702, p. 536.
» 707, p. 604.
» 720, p. 143.
» 759, p. 136, 558.

Art. 760, p. 136, 509, 510, 513, 515, 524, 525, 527, 528, 529, 530, 558.
» 781, p. 562.
» 805, p. 524.
» 807, p. 524.
» 809, p. 524.
» 827, p. 512, 526, 527.
» 863, p. 438.
» 868, p. 466, 516.
» 880, p. 140.
» 900, p. 575.
» 920, p. 138.
» 923, p. 644, 645.
» 925, p. 137, 196 n. 2, 300 n. 1.
» 930, p. 133.
» 933, p. 531, 532, 535, 536.
» 939, p. 137.
» 940, p. 548.
» 949, p. 595.
» 954-69, p. 558.
» 956, p. 133.
» 958, p. 133, 550.
» 968, p. 466, 553, 657.
» 969, p. 558.
» 970, p. 657.
» 972, p. 466.
» 973, p. 657.
» 976, p. 627.
» 977, p. 530, 627, 658.
» 980, p. 659.
» 982, p. 659.
» 987, p. 519.
» 994, p. 519.
» 1003, p. 438, 440.
» 1008, p. 438, 440, 467.
» 1010, p. 525.
» 1017, p. 559.
» 1026, p. 467.
» 1027, p. 516, 518, 608.
» 1029, p. 516, 608, 609.
» 1031, p. 559.
» 1032, p. 571, 584.
» 1033, p. 576, 590, 604.
» 1054-65, p. 559.
» 1065, p. 560.
» 1109, p. 540.
» 1171, p. 585.
» 1172, p. 540.
» 1202, p. 559.
» 1204, p. 608.
» 1205, p. 608.
» 1208, p. 559, 608.
» 1235, p. 595.
» 1237, p. 589.
» 1360, p. 540.
» 1416, p. 74, 89.
» 1524, p. 516.
Art. 1571, p. 99.
» 1772, p. 540.
» 1948, p. 524, 610.
» 1949, p. 524, 552, 610, 619, 624.
» 1950, p. 579.
» 1953, p. 603.
» 1956, p. 579, 603.
» 1958, p. 603.
» 1959, p. 603.
» 1961, p. 603.
» 1962, p. 579, 603.
» 1964, p. 609.
» 1965, p. 647.
» 1969, p. 579.
» 1971, p. 623, 627.
» 1987, p. 578, 647, 648 n. 1.
» 1997, p. 645, 648.
» 1998, p. 648.
» 2001, p. 648.
» 2007, p. 583.
» 2013, p. 648.
» 2014, p. 648 n. 2.
» 2015, p. 648 n. 2.
» 2020, p. 644.
» 2021, p. 607.
» 2024, p. 648.
» 2029, p. 648.
» 2033, p. 648.
» 2054, p. 584, 585 n. 2, 587.
» 2055, p. 578, 584, 603, 613, 616, 657.
» 2056, p. 316, 571, 575, 576, 581, 583, 584, 636, 637, 653, 655.
» 2057, p. 643, 645.
» 2058, p. 584, 656, 658.
» 2059, p. 649.
» 2060, p. 575, 578, 588, 607, 647, 648, 651, 659.
» 2061, p. 604, 605.
» 2062, p. 578, 579, 581, 582, 583, 584, 604, 611, 643.
» 2063, p. 560, 576, 590, 615, 617, 618, 622.
» 2064, p. 584, 585 n. 2, 587, 656.
» 2065, p. 577, 578, 579, 583, 609, 648.
» 2066, p. 647.
» 2080, p. 610, 638.
» 2109, p. 644.
» 2111, p. 578.
» 2120, p. 644.
» 2133, p. 644, 646 n. 1.
» 2137, p. 300 n. 1, 533.
» 2145, p. 644.
» 2150, p. 461.

Codice di procedura civile.

Art. 490, p. 649.
» 848, p. 650.

Art. 858, p. 650.
» 860, p. 650.
» 900, p. 575, 649, 651, 659.
» 901, p. 607, 610 n. 2, 650, 653.

Codice di commercio.

Art. 690, p. 623, 627.

Codice penale.

Art. 30, p. 646 n. 1.

Codice francese.

Art. 585, p. 96.
» 586, p. 96.
» 782, p. 548.
» 788, p. 595.
» 835, p. 462.
» 843, p. 432 n. 3, 462.
» 844, p. 432 n. 3.
» 879, p. 654.
» 880, p. 641.
» 881, p. 594.
» 919, p. 432 n. 3.
» 1010, p. 524 e segg.
» 1571, p. 74, 89.
» 2111, p. 577 n. 1, 579, 582, 642.

Codice napoletano.

Art. 835, p. 462.

Codice civile germanico.

§ 2150, p. 432 n. 3, 437, 461.

Codice austriaco.

§ 648, p. 432 n. 3, 462.

Codice bavarese.

III, 6, 5, p. 432 n. 3.

Codice sassone.

§ 2328, p. 199 n. 1.
§ 2389, p. 199 n. 1.
§ 2401-2402, p. 461.

Codice prussiano.

I, 9, § 414, p. 199 n. 2.
12, § 262, p. 432 n. 3.
§ 271, p. 432 n. 3.
§ 273, p. 432 n. 3.

Codice messicano.

Art. 3367, p. 199 n. 2.
» 3503, p. 199 n. 2.
» 3967, p. 199 n. 2.
» 3968, p. 199 n. 2.

Statuto anafita.

Art. 583, p. 202 nota.

Magna Charta.

p. 129, 491.

FONTI STORICHE E LETTERARIE

Plauti, *Comoediae.*

Capt. 775, p. 236 n. 1.
Trin., 171, p. 302 n. 3.
» 484, p. 236 n. 1.
Epidic., 140, p. 287 n. 1.

Terentii, *Phormio.*

45, p. 322.

Caes., *b. g.*

III 4, 3, p. 279 n. 1, 284 n. 1.
» 92, 5, p. 320.
IV 32, 2, p. 279 n. 1.
V 16, 4, p. 279 n. 1.
VI 12, 7, p. 281 n. 13.
» 17, p. 418 n. 1.
VII 25, 1, p. 279 n. 1.
» 25, 3, p. 279 n. 1.
» 41, 2, p. 279 n. 1.
» 82, 1, p. 278 n. 1.
» 85, 5, p. 279 n. 1.
VIII 28, 3, p. 279 n. 1.
VIII 41, 3, p. 279 n. 1.
» 85, 5, p. 278 n. 1.

Caes., *b. c.*

I 45, 2, p. 278 n. 1.
» » p. 279 n. 1.
III 94, 2, p. 279 n. 2.
XI 146, p. 278 n. 1.

Hirt., *b. al.*

30, 2, p. 278 n. 1.
» 4, p. 278 n. 1.

Sallustii, *Jug.*

57, 4, p. 278 n. 1.
94, 3, p. 278 n. 1.

Ciceronis.
Acad.

II 23, 73, p. 323.
c. 1, § 1, p. 164.
48, p. 236 n. 1.

De fin.

I 17, 56, p. 283 n. 10.

De leg.

II 19, 48, p. 117 n. 1, 164, 166, 236 n. 1, 528.
» 20, p. 117 n. 1, 183 n. 2, 236 n. 1, 528.
» 21, p. 528.
» 48, p. 164, 236 n. 1.
» 52, p. 236 n. 1.

De off.

II 7, 26, p. 321.

De or.

I 10, 42, p. 321.

Top.

VI p. 329 n. 1.
» 29, p. 242, 248.

Ep. ad Brut.

I 13, 1, p. 282 n. 5.

Ep. ad Att.

V 2, 1, p. 269 n. 4.
VI 1, 2, p. 281 n. 14.

Pro Archia.

3, 5, p. 48 n. 1.

Pro L. Corn. Balbo.

11, 28, p. 48 n. 1.
12, 30, p. 48 n. 1.

Pro Caec.

4, 12, p. 183 n. 2.
5, 16, p. 183 n. 2.

Div. in Q. Caec.

IV 11, p. 320.
22, 72, p. 269 n. 4.

In Verr.

II 4, 3, p. 278 n. 1, 279 n. 1.
V 55, 143, p. 269 n. 4.

Pro domo.

11, 24, p. 236 n. 1.

Phil.

XI 15, 39, p. 282 n. 10.

Cornelii Nepotis, *Vitae.*

Praef., 228.

Alcib.

VI 1, p. 320.

Epam.

IX 1, p. 321.
» 16, p. 321.

Dion.

X 2, p. 283 n. 10.

Ages.

I 3, p. 333 n. 1.

Varronis.
De lingua latina.

VII 56, p. 279 n. 1.

Vergilii.
Aen.

II 478, p. 278 n. 1.
VIII 327, p. 282 n. 9.
X 439, p. 279 n. 1.
» 689, p. 279 n. 1.
» 690, p. 279 n. 1.
» 847, p. 279 n. 1.
XI 146, p. 278 n. 1.

Georg.

III 138, p. 281 n. 15.

Horatii, *Carmina.*

II 3, 17-19 p. 285 n. 1.

Ovidii.
Metam.

I 114, p. 282 n. 11.
II 590, p. 281 n. 11.
III 25, p. 282 n. 11.
» 589, p. 281 n. 10.
X 165, p. 281 n. 6.
XI 27, p. 282 n. 3.
» 80, p. 281 n. 2.

Trist.

I 2, 53, p. 151 n. 1.
II 467, p. 281 n. 10.
III 3, 43, p. 151 n. 1.

Livii, *Ab Urbe cond.*

I 3, p. 328 n. 2.
» 34, p. 328 n. 2.
IV 6, p. 321.
V 43, p. 278 n. 1.
VI 4, p. 279 n. 1.
» 6, p. 319.
VII 37, p. 278 n. 1.
IX 27, p. 279 n. 1.
» 32, p. 279 n. 1.
X 14, p. 279 n. 1.
XXII 16, p. 278 n. 1.
» 28, p. 278 n. 1, 279 n. 1.

XXIII 16, p. 278 n. 1.
» 44, p. 278 n. 1.
XXVII 2, p. 279 n. 1.
» 12, p. 279 n. 1, 283 n. 12.
» 18, p. 278 n. 1.
» 42, p. 278 n. 1.
XXVIII 13, p. 279 n. 1.
XXXI 36, p. 278 n. 1.
» 40, p. 278 n. 1.
» 41, p. 322.
» 42, p. 278 n. 1.
» 45, p. 278 n. 1.
XXXII 11, p. 279 n. 1.
» 12, p. 279 n. 1.
XXXIV 2, p. 119.
XXXV 5, p. 279 n. 1.
XXXVI 23, p. 279 n. 1.
XXXVIII 9, p. 278 n. 1.
XL 30, p. 278 n. 1.
XLII 54, p. 279 n. 1.
XLV 40, 7, p. 236 n. 1.

Valerii Maximi, *Memor.*

VI 2, 3, p. 320.
» 2, 12, p. 322.

Velleii Paterculi, *Hist.*

II 20, 4, p. 320.
» 32, 1, p. 320.
» 38, 4, p. 321.

Pomponii Melae, *De chorogr.*

I 8, 42, p. 20 n. 1, 36 n. 1.

Seneca.
De Ben.

II 8, 6, p. 320.
IV 18, 6, p. 320.
VI 19, 3, p. 320-321.
» 34, 2, p. 309 n. 1.
VII 15, 4, p. 283 n. 6.

De Clem.

I 8, 7, p. 283 n. 7.

Dial.

XII 7, 10, p. 280 n. 1.

Ad Lucil.

I XII 5, p. 283 n. 4.
VII 2 (65), 2, p. 282 n. 13.
XVII-XVIII 107, 8, p. 281 n. 7.
» 108, 25, p. 283 n. 11.

Exc. controv.

IV 4, p. 281 n. 10.

Nat. Quaest.

V 7, 1, p. 269 n. 4.
VII 7, 4, p. 269 n. 4.

Lucani, *Phars.*

VII 733, p. 278 n. 1.

Petronii, *Satyr.*

40, 1, p. 320.
47, 12, p. 249 n. 1.
63, 1, p. 320.

Suetonii, *Vitae Caes.*

Aug. 53, p. 320; *Tib.* 15, p. 114 n. 1; *Nero* 6, p. 322; 22, p. 320.

Columella, *De re rust.*

II 1, 4, p. 282 n. 14.
IV 3, 6, p. 321.
V 6, p. 91 n. 1.
» 8, 7, p. 269 n. 4.
VII 5, 4, p. 269 n. 4.
» 35, 2, p. 269 n. 4.

Silii Italici, *Pun.*

X 596, p. 278 n. 2.
XII 606, p. 278 n. 1.
XV 9, 592, p. 278 n. 1.

Statii, *Theb.*

I 469, p. 278 n. 1.
II 398, p. 285 n. 1.

Quintiliani
Inst. or.

V 10, 67, p. 249 n. 1.

Decl.

II 10, p. 282 n. 15.
IV 10, p. 281 n. 4.
VI 21, p. 282 n. 1, 320.
XIII 11, p. 283 n. 2.
XVIII 7, p. 321.
275 (279), p. 66 n. 1.

Plinii, *Hist. nat.*

III 3 (4), 30, p. 321.
IV 6 (10, 22), p. 321.
» 9, 2, p. 282 n. 12.
» 9, 13, p. 282 n. 12.
VII 30 (31), 112, p. 320.
VIII 7, 21, p. 321.
IX 24 (40), 78, p. 269 n. 4.
X 55 (76), 155, p. 280 n. 5.
XI 37 (48), 132, p. 280 n. 4.
XXII 72, p. 269 n. 4.
XXXV 10 (36), 92, p. 282 n. 2, 284 n. 2.

Plinii, *Epist.*

10, 65 (2), 66 (72), p. 66 n. 1.

Martialis, *Epigr.*

VIII prol., p. 283 n. 5.

Taciti
Hist.

I 15, p. 114 n. 1.
» 17, p. 114 n. 1.
III 27, p. 278 n. 1.

Ann.

II 20, p. 278 n. 1.
XV 65, p. 285 n. 1.

Germ.

c. 9, p. 419 n. 1.
c. 20, p. 335 n. 1.
c. 32, p. 335 n. 2.

Gellii, *Noctes atticae.*

IV 18, p. 320.
V 6, p. 319-20.
X 20, p. 321.
XI 7, p. 321.
XV 27, p. 320.
XVII 12, p. 322.

Apuleii, *Metam.*

X 10, p. 281 n. 1, 322.

Frontini, *Strat.*

I 1, 1, p. 320, 321.
III 17, 1, p. 278 n. 1.
IV 7, 6, p. 321.

Fronto, *Ad M. Caes.*

1, 3, p. 287 n. 1.

Curtii Rufi, *Hist. Al.*

VIII 22, 15, p. 279 n. 1.

Trogi Pompeii et Justini, *Hist.*

III 5, 6-7, p. 282 n. 4.
VII 3, 29, p. 256.
XII 6, 5, p. 283 n. 9.
XVII, 2, 8, p. 282 n. 6.
XIX 1, 2, p. 281 n. 10.
XXXVIII 6, 11, p. 287 n. 1.
XL 1, 1, p. 283 n. 7.

Orosii, *Hist.*

VI, 1, 3, p. 279 n. 1.

Claudiani, *Carm.*

VII, p. 152, 279 n. 4.

Palladii, *De re rust.*

I 6, 17, p. 280 n. 2.
XI 8, 1, p. 280 n. 3.

Ammiani Marcellini, *Hist.*

XXVI 4, 3, p. 321.

Iul. Capitolini,
Marcus Antoninus.

7, 7, p. 114 n. 1.

Verus.

2, 2, p. 114 n. 1.

Spartiani, *Aelius.*

5, 12, p. 114 n. 1.

Vopisci, *Vita Aurel.*

14, 6, p. 236 n. 1.

Pauli Diaconi,
Exc. ex lib. Pomp. Festi.

p. 88 (ed. Lindsay), 484 n. 1.

Macrobii,
Sat.

VII 7, 15, p. 283 n. 4.
II 7, 5, p. 319.
VII 1, 12, p. 319.

Comm. in Somn. Scip.

I 7, 6, p. 319.

Maximi, *Eleg.*

II 71, p. 283 n. 8.

Salviani, *De gub. Dei.*

VII 1, 3, p. 281 n. 3.

Augustini,
Conf.

I 6, 9, p. 282 n. 8.
» 8, 13, p. 282 n. 8.
» 18, 30, p. 282 n. 8.
II 6, 30, p. 284 n. 3.
IV 4, 9, p. 283 n. 1.
XI 13, 6, p. 282 n. 7.

De civ. Dei.

VIII 26, p. 281 n. 9.
XII 4, p. 281 n. 5.

Arnobii, *Adv. Nat.*

IV 36, p. 281 n. 8.

L. Caec., *De mort. pers.*

c. 46, p. 320.

Tertulliani, *De carne Christi liber.*
p. 281 n. 12.

Isaei,
De Astyph. her.
1, p. 385.

De Men. her.
13, p. 383.

De Nicostr. her.
7, 10; 11, 15; 16, 22, 24, 25, 28, p. 393 n. 1;
12, p. 394.

De Dicaeogenis her.
16, p. 393 n. 1.
6, p. 398.

De Arist. her.
9, p. 385.
10, p. 334 n. 3, 385, 394.

De Cleon. her.
18, p. 393 n. 2.
22, p. 393 n. 2.
24, p. 393 n. 2.
25, p. 399.

De Philoctem. her.
9, p. 383.
§ 28, p. 383, 393 n. 1.

De Pyrrh. her.
60, p. 393 n. 2.
68, p. 383, 401, 484 n. 1.
69, p. 393 n. 2.

Hyperidis, *Adv. Athen.*
8, 1, 1, p. 383.

Dem.
Adv. Lept.
102, p. 382.

Adv. Steph.
I 28, p. 390.
II 14, 15, p. 383, 401.

Adv. Leoch.
49, p. 383.
64, p. 401.
67, p. 401.
68, p. 401.

Adv. Makart.
51, p. 484 n. 1.

C. Aphobum.
III 44, p. 397 n. 1.

C. Callippum.
23, p. 397 n. 1.

C. Phoenippum.
19, p. 397 n. 1.

Arist., *Const. Athen.*
c. 35, p. 385 n. 1.
8, 1, 1, p. 383.

Plut., *Vita Sol.*
21, p. 382.

SCRITTORI CITATI

Accarias, p. 204 n. 1, 236 n. 1, 372.
Accollas, p. 204 n. 1.
Adler, p. 538, 543.
Albertario E., p. 238 n. 1, 240 n. 1, 318, 331, 598.
Alciato, p. 76.
Anzilotti, p. 561 n. 2.
Appleton, p. 477 n. 2, 499.
Arangio-Ruiz V., p. 18 n. 1, 19 n. 1, 21 n. 1, 36, 37, 44, 45, 46, 49, 51, 53 n. 1, 54, 55 n. 1, 56, 57, 58, 59, 60 n. 1, 61, 62, 190 n. 1, 193 n. 1, 227 n. 1, 230 n. 2, 231 n. 1, 232, 233, 235 n. 1, 366 n. 1, 422 n. 2, 478, 484 n. 1, 493 n. 1, 494.
Aristotele, p. 21 n. 1, 387.
Arndts (Arndts-Serafini), p. 161, 287, 303, 373, 439 n. 1, 455 n. 1, 632 n. 1.
Arnold, p. 78.
Ascoli, p. 156, 182 n. 2, 509, 525, 526.
Aubry, p. 87, 88, 577 n. 1.

Bachofen, p. 26, 76.
Bacovio, p. 76,
Baldo, p. 133 n. 1.
Baro, p. 76.
Baron, p. 172 n. 1, 548.
Bartolo, p. 329 n. 1.
Baudry-Lacantinerie, p. 88, 94, 97, 581, 651.
Baviera, p. 103 n. 4, 469, 570, 573 n. 1, 574, 575, 585 n. 2, 589, 594, 598, 604 n. 1, 619, 621, 622 n. 1, 638.
Beauchet, p. 330 n. 2, 364, 365, 381 n. 2, 397, 398 n. 2, 400, 401 n. 1, 402 n. 1, 427 n. 1, 484 n. 1, 490 n. 1.

Bechmann, p. 76, 79, 87 n. 3, 92, 97.
Beckhaus, p. 160.
Bekker, p. 195, 197.
Beseler, p. 594, 601, 639.
Betti, p. 492 n. 1.
Blackstone, p. 200 n. 1.
Bianchi Fr., p. 88, 94, 96, 98, 509.
Biondi B., p. 148 n. 1, 427 n. 1.
Binder, p. 46, 49, 50, 146 n. 1, 318, 487.
Birkmeyer, p. 131, 276, 293, 294, 295, 302.
Bluntschli, p. 114 n. 1, 137 n. 1.
Böcking, p. 78, 160, 329 n. 1, 374.
Boileux, p. 87.
Boissonade, p. 329 n. 1.
Bolaffio, p. 661 n. 1.
Bonelli, p. 570, 581, 619, 628 n. 1.
Bonfante, p. 1, 16 n. 1, 18, 43, 46, 51, 61, 64, 72, 101, 115, 153, 188 n. 1, 193 n. 1, 209 n. 1, 219 n. 1, 233, 234, 250, 262, 276, 300 n. 1, 307, 345, 363, 364, 368, 416, 417, 420, 430, 437, 443, 469, 492 n. 1, 493 n. 1, 511, 531, 547.
Borsari, p. 88, 509, 613 n. 1, 658 n. 1.
Bozzoni, p. 428 n. 2.
Brandis, p. 77.
Brezzo, p. 156.
Brini, p. 156, 193 n. 2.
Brinkmann, p. 97.
Brinz, p. 76, 79, 83, 93, 131, 152, 162, 177, 276, 300, 374, 631 n. 2.
Bruck, p. 422 n. 1, 3, 423 n. 2, 428 n. 1, 429 n. 1.
Brunetti, p. 545.
Brunnemann, p. 587 n. 1.
Bruns, p. 162, 172 n. 1, 331, 364, 387 n. 2.
Bugge, p. 342.
Buonamici, p. 193.
Burckhard, p. 117 n. 1.

Cannegieter, p. 114 n. 1.
Caporali, p. 160 n. 10.
Carle, p. 149 n. 1.
Caronda, p. 76.
Castelbolognesi, p. 613 n. 1.
Castelli G., p. 328 n. 1.
Castiglione, p. 613 n. 1, 658 n. 1, 659.
Ceci, p. 142, 342.
Chironi, p. 435, 440, 441, 613 n. 1.
Claussen, p. 454.
Cicu, p. 443, 444, 445.
Cicerone, p. 117, 163, 164, 166.
Cocceio, p. 77, 159 n. 1.
Codacci-Pisanelli, p. 568, 618 n. 1.
Columella, p. 92.
Connano, p. 78, 79.
Corte-Enna, p. 156 n. 7, 316, 571, 581, 620.
Costa, p. 70, 71, 103 n. 4, 156, 193 n. 2, 216 n. 1, 217 n. 1, 221, 227, 235 n. 1, 244 n. 2, 251, 470, 471 n. 1, 472, 638, 639.
Coviello, p. 530, 620.
Cramer, p. 587 n. 1.
Cuiacio, p. 76, 77, 114 n. 1, 115, 273 n. 1, 302 n. 4, 585 n. 2.
Cuq, p. 146, 149 n. 1, 235 n. 2, 256 n. 4, 329 n. 1, 487.
Cuzzeri, p. 569, 613 n. 1.
Czyhlarz, p. 75, 76, 79, 80, 83, 92, 97.

Dante, p. 423 n. 2.
Daremberg-Saglio, p. 597 n. 2.
Darwin, p. 154 n. 2.
Davanzati, p. 285 n. 1.
Dabelow, p. 587 n. 1.
De Bernardinis, p. 545.
De Crescenzio, p. 161.
Delogu, p. 156.
De Luca, p. 570, 619.
Demante, p. 88.
Demolombe, p. 587 n. 2, 588 n. 2, 605 n. 1, 607 n. 1, 609 n. 1, 645 n. 2.
Dernburg, p. 76, 79, 92, 93, 149 n. 1, 161, 287, 373, 455, 456, 631 n. 2.
De Ruggiero E., p. 6, 156.
De Ruggiero R., p. 334, 395.
De Sanctis G., p. 18 n. 1, 19, 44, 45, 57 n. 1, 58, 230 n. 3, 337 a 416 *passim*, 420 n. 1, 422 n. 4, 484 n. 1, 486.
Dicearco, p. 19, 46.
Diogene Laerzio, p. 387.
Di Marzo, p. 274 n. 2, 292 n. 2.
Dohrn, p. 109 n. 1, 154 n. 2.
Dollinger, p. 577 n. 1, 595 n. 2.
Domat, p. 154, 594.
Donati B., p. 103 n. 1, 469.
Donello, p. 78, 632 n. 1.
Drerup, p. 382 n. 1.
Duareno p. 74, 78, 79, 83, 95, 632 n. 1.
Duranton, p. 88.
Dusi, p. 570, 581, 619, 654 n. 2.
Dutripon, p. 423 n. 1.

Eck, p. 204 n. 1.
Ehrlich, p. 146 n. 1, 487.
Eineccio, p. 170 n. 2.
Eisele, p. 14, 270 n. 1.
Ellero P., p. 217, 218.
Epicuro, p. 387.

Fabro, p. 76, 258, 273 n. 1, 274, 598, 601.

Fadda, p. 150, 151 n. 1 e 2, 156, 189 n. 2, 251, 276, 293, 300, 301, 302, 305, 316, 362 n. 1, 391 n. 1, 570, 585 n. 2, 600, 601 n. 3, 622.
Fadda e Bensa, p. 521, 541.
Ferrini, p. 67, 156 n. 7, 189, 206, 209 n. 2, 213 n. 1, 217 n. 1, 224, 226, 227, 242 n. 2, 265, 266, 267, 292 n. 2, 294, 298, 329 n. 1, 431 n. 1, 439 n. 1, 441 n. 1, 456, 457, 462, 570, 594, 598, 601 n. 3, 638, 639, 641 n. 1, 642 n. 1.
Filomusi, p. 195, 197, 221, 227, 568.
Fiore, p. 88.
Förster, p. 172, 192.
Francke, p. 75, 76, 79, 80, 81, 82.
Friedrichs, p. 327.
Fustel de Coulanges, p. 1, 2, 62 n. 1, 346.

Gabba, p. 570, 578 n. 1, 613 n. 1.
Gangi C., p. 443, 444, 445, 455, 458, 463, 464.
Gans, p. 149 n. 1, 475.
Gatti, p. 256 n. 4, 570.
Gianzana, p. 579 n. 1.
Giorgi T., p. 21 n. 2.
Girard, p. 371.
Giriodi, p. 570.
Glück, p. 72 n. 2, 78, 90, 91 n. 1, 156 n. 7, 189 n. 2, 242 n. 3.
Göschen, p. 78.
Gradenwitz, p. 309 n. 2.
Greiff, p. 477 n. 2.
Grönewegen, p. 454.
Grozio, p. 77, 92, 97, 158.

Hartizsch, p. 160.
Hasse, p. 76, 78, 126 n. 2, 252 n. 2, 273, 275 n. 1, 276.
Haubold, p. 149 n. 1.
Hearn, p. 2, 62 n. 1.
Hegel, p. 14.
Heimbach, p. 262, 265, 302 n. 4.
Hellmann, p. 72 n. 2.
Hofmann, p. 170 n. 2.
Hölder, p. 160, 161, 235 n. 2, 236 n. 1, 497 n. 1.
Huber, p. 170 n. 2, 587 n. 1.
Holtzendorf-Kohler, p. 470 n. 1.
Holzschuher, p. 78, 454.
Huber, p. 170 n. 2, 587 n. 1.
Hufeland, p. 78.
Huschke, p. 76, 77, 149 n. 1, 236 n. 1, 301, 302.

Keller, p. 77, 160.
Kent, p. 200 n. 1, 561 n. 1.
Kniep, p. 484 n. 1, 487.
Kohler, p. 327, 455, 488 n. 1.
Kooiman, p. 329 n. 1.
Köppen, p. 149 n. 1, 162, 172 n. 1, 173, 268 n. 1, 374, 632 n. 1.
Kuntze, p. 146, 252 n. 2, 275 n. 2, 487 n. 1.
Kretschmar, p. 443, 457 n. 1, 458.
Krüger H., p. 318.

Ihering, p. 1, 7, 10, 19, 42, 128 n. 1, 142, 149 n. 1, 160, 162, 164, 253, 346, 495, 496.

Jannet, p. 333 n. 1.

Lamarck, p. 154 n. 2.
Lambert, p. 329 n. 1, 474 n. 1, 475 n. 1, 499.
Lange, p. 1.
Lassalle, p. 117 n. 1, 149 n. 1, 162 n. 1, 166.
Laurent, p. 87, 577 n. 1, 587 n. 2, 590 n. 1, 607 n. 1, 609 n. 1, 645 n. 2.
Le Courtois-Surville, p. 88, 94.
Lehr, p. 200 n. 1.
Leist, p. 156 n. 7, 160, 189 n. 3, 346.
Lenel, p. 123 n. 1, 141 n. 2, 146 n. 1, 214, 227, 230, 236 n. 1, 249, 252 n. 3, 256, 262, 271, 298, 470 n. 1, 487-505 *passim*, 571 n. 1, 591 n. 1, 601 n. 3.
Leverrier, p. 232.
Levi, p. 569, 578 n. 2, 594, 613 n. 1, 658 n. 1.
Lipsius, p. 423 n. 1 e 2, 427 n. 1, 484 n. 1, 490 n. 1.
Lomonaco, p. 613 n. 1.
Longo C., p. 35 n. 1, 104, 170 n. 1, 204, 252, 253, 254, 256, 259, 274, 287, 288, 305, 306, 334, 395.
Losana, p. 509, 569, 570, 575 n. 1, 576, 581, 582, 603, 613 n. 1, 619, 635 n. 1, 636, 645 n. 2, 648 n. 2.
Lotmar, p. 72 n. 2, 78.
Lubbock, p. 25.
Lusignani, p. 251.
Luzzatti, p. 568, 613 n. 1.
Lyell, p. 353.

Macaulay, p. 212 n. 2.
Mac Lennan, p. 26.
Malin, p. 577 n. 1.
Mancaleoni F., p. 497 n. 1.
Manigk, p. 163.
Manzoni A., p. 226.
Marcadé, p. 88.
Marchi A., p. 391 n. 1.
Martucio, p. 77.
Mayer, p. 161, 631 n. 2.
Maynz, p. 78, 236 n. 1, 372.

Mayr, p. 46, 49, 50, 161, 631 n. 2.
Mela Pomponio, p. 36 n. 1.
Melucci, p. 530, 569, 578 n. 1, 582, 592 n. 1, 604 n. 1, 605 n. 1, 613 n. 1, 645 n. 2, 655, 658 n. 1.
Merenda, p. 76.
Merlin, p. 577 n. 1.
Meyer E., p. 18 n. 1, 19, 26 a 44 *passim*, 56, 507.
Mirabelli, p. 569, 578 n. 1, 613 n. 1, 654, n. 2, 658 n. 1.
Mitteis, p. 163, 238 n. 1, 247 n. 1, 248, 362 n. 1, 391 n. 1, 470, 473.
Mommsen, p. 1, 6, 19, 22, 23 n. 1, 26, 64 n. 2, 67 n. 1, 77, 92, 97, 216, 217, 218, 219, 224, 226, 228, 248, 275, 294 n. 1, 346, 601.
Morgan, p. 26.
Mondelli, p. 570.
Moriani, p. 156.
Mortara, p. 570, 628 n. 1.
Mourlon, p. 577 n. 1.
Mühlenbruch, p. 126 n. 1, 273, 374.

Neuner, p. 294 n. 2.
Nicolini F., p. 103 n. 2.
Niccolini G., p. 333 n. 1.
Niebuhr, p. 5.
Nissen, p. 498.
Nobushige-Hozumi, p. 2 n. 1, 62 n. 1, 328 n. 1.

Olivieri, p. 570, 581, 619.

Pacchioni, p. 251.
Pacifici-Mazzoni, p. 88, 509, 578 n. 2, 587 n. 2, 588 n. 1 e 2, 595 n. 2, 607 n. 1, 609 n. 1, 610 n. 1, 613 n. 1, 644 n. 1, 645, 658 n. 1.
Pacio, p. 79, 93, 96.
Pais, p. 156 n. 7, 339, 341, 475.
Palumbo, p. 156.
Palmieri, p. 570.
Paribeni, p. 341.
Partsch, p. 396, 492 n, 1.
Passamonti, p. 570.
Patroni G., p. 498.
Percerou, p. 547 n. 1.
Platone, p. 21 n. 1, 331, 387.
Pfaff, p. 170 n. 2.
Pernice, p. 131, 195, 196 n. 1, 197, 198, 277, 295, 298, 392 n. 2, 473, 492 n. 1, 549 n. 1.
Perozzi S., p. 205, 208 n. 1, 211, 214, 216, 221, 223, 224, 227, 229, 230, 231 n. 1, 232, 235, 236 n. 1, 238 n. 1, 241, 242, 243 n. 1 e 2, 251, 253 n. 1, 306, 374, 478-484, 514, 601 n. 3.
Perrone-Capano, p. 545.
Petrazycki, p. 72, 79, 81, 82, 84, 92, 93.
Pisanelli, p. 584, 618 n. 1, 623.
Pollock F., p. 21 n. 1.
Polacco V., p. 563 n. 1.
Pont, p. 87.
Pothier, p. 594.
Post, p. 35 n. 1, 37 n. 1, 104, 112 n. 1, 325, 326, n. 1, 364, 411, 412, 413.
Puchta, p. 76, 79, 93, 160, 374.
Pufendorf, p. 159 n. 1.

Rabbeno, p. 569.
Rabel, p. 422 n. 2, 429 n. 1, 470 n. 1, 492 n. 1.
Rau, p. 87, 88.
Regelsberger, p. 287 n. 5.
Righini, p. 569, 578 n. 2, 613 n. 1, 658 n. 1.
Ricci, p. 88, 94, 95, 98, 561 n. 2, 587 n. 2, 607 n. 1, 609 n. 1, 613 n. 1, 644 n. 2, 646 n. 1, 658 n. 1.
Riccobono S., p. 266 n. 3.
Riggenbach, p. 423 n. 2.
Rivier, p. 172 n. 1.
Roberto Giovanni, p. 77.
Rodière, p. 87.
Rosenberg, p. 225 n. 1.
Rosshirt, p. 149 n. 1.
Rotondi G., p. 69.
Rubino, p. 216, 218.
Rudorff, p. 76, 78, 160 n. 2.

Saiya, p. 569.
Salkowsky, p. 161.
Sansonetti, p. 570, 613 n. 1.
Savigny, p. 14, 117 n. 1, 126 n. 2, 159, 160 n. 1, 353, 538, 541, 543.
Schweppe, p. 78.
Scialoja M., p. 328 n. 1.
Scialoja V., p. 55, 105, 107, 108, 126 n. 2, 153, 156, 205, 214, 233, 250, 252 n. 3, 307, 308, 310, 311, 312, 316, 478, 484, 541.
Scheurl, p. 77, 160 n. 3, 162, 172 n. 1.
Schirmer, p. 162, 172.
Schneider, p. 156 n. 4.
Schrader, p. 78, 79, 98, 484 n. 1.
Schulin, p. 330 n. 1, 364, 387 n. 1.
Schöll, p. 265 n. 3.
Scuto C., p. 378 n. 1, 443, 444, 445, 455, 458, 459, 463.
Secco-Suardi, p. 594.
Segrè G., p. 204 n. 1.
Serafini, p. 78.
Sériziat, p. 87 n. 3.
Seuffert, p. 172 n. 1.
Siculo Flacco, p. 269 n. 1.

Simoncelli, p. 463, 549.
Sintenis, p. 78, 161, 631 n. 2.
Solazzi, p. 570, 574, 585 n. 2, 597, 599, 601, 610 n. 2, 638, 640 n. 1, 652.
Sohm, p. 160, 329 n. 1, 475.
Squitti, p. 160 n. 7.
Suerin, p. 79, 98.
Sumner Maine, p. 1, 15, 19, 21 e 21 n. 1, 22, 23, 24 e 24 n. 3, 25, 26, 31, 35 n. 1, 41, 44, 47, 103, 104, 250.
Stella, p. 570.
Stephen, p. 200 n. 1.
Stratone, p. 389.
Stuart Mill, p. 128 e segg.

Taine Ippolito, p. 355 n. 1.
Tartufari, p. 569, 613 n. 1, 647 n. 1.
Tassi, p. 569, 578 n. 2, 613 n. 1.
Taulier, p. 87 n. 3.
Teofrasto, p. 387.
Terrasia, p. 570.
Testaud, p. 156 n. 7, 189 n. 2.
Teuffel, p. 318.
Tewes, p. 454, 456, 632 n. 1.
Thalheim, p. 422.
Thibaut, p. 149 n. 1, 170, 171 n. 1, 374, 454.
Tiepolo, p. 569.
Toullier, p. 87.
Toullier-Duvergier, p. 88, 577 n. 1.
Trendelenburg, p. 79.
Trincheri, p. 156.
Trommius, p. 423 n. 2.
Troplong, p. 88, 99.

Ulpiano, p. 40, 97, 128 n. 2, 143 n. 2.
Unger, p. 162, 172.
Unterholzner, p. 78.

Vacca, p. 618 n. 1.
Vangerow, p. 78, 81, 456.
Van Wetter, p. 161.
Varchi B., p. 283 n. 6.
Venezian, p. 156, 530, 620.
Venzi, p. 88 n. 8, 664.
Vico G. B., p. 20, 33, 102, 103, 104, 330, 341, 406 n. 1, 469, 488.
Vitali, p. 509, 522, 594.
Vivante, p. 553.
Voët, p. 170 n. 2.
Volfio, p. 159 n. 1.
Von Woes, p. 470 n. 1.
Vogliano, p. 424 n. 1,

Wächter, p. 78, 152, 177.
Warth, p. 200 n. 1.
Weber, p. 248.
Weipert, p. 328 n. 1.
Wendt, p. 172 n. 1.
Wenger, p. 422 n. 2, 488 n. 1.
Wening-Ingenheim, p. 78.
Westoby, p. 200 n. 1.
Wiedemann, p. 77.
Wilamowitz, p. 46, 49, 50.
Windscheid, p. 75, 79, 92, 131, 156, 162, 172, 236 n. 1, 293 n. 2, 373, 541, 632 n. 2.
Wissowa-Pauly, p. 163 n. 1, 318.

Zachariae, p. 87, 88, 99, 149 n. 1, 185 n. 1, 264, 265, 595 n. 2.
Zanzucchi, p. 130 n. 1, 206, 207 n. 1, 208 n. 1.
Zasio, p. 76, 77.
Zeller, p. 387.

Di prossima pubblicazione:

VOLUME II.

PROPRIETÀ E POSSESSO

VOLUME III.

OBBLIGAZIONI E PRINCIPII GENERALI

Lire

L'ERMA di BRETSCHNEIDER - ROMA
VIA CASSIODORO 19 - TEL. 350765

K Bonfante, Pietro
Scritti giuridici varii
B7133
S37
v.1

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 12 03 14 09 012 8